

Impresión junio 2012

TESIS DOCTORAL

Título de la Tesis:

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

Director de Tesis: Doctor Ricardo Ferrario

Codirector de Tesis: Profesor Carlos Parma

Doctorando: Raúl Fernando Elhart

DNI: 16.542.922

Email: rauldok@yahoo.es

Tel: 1550.435851

Índice

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

§ 1. El sistema legal argentino de determinación judicial de la pena

- I. El problema
- II. Esquema para la graduación judicial de la pena
 - a) Exposición sintética
 - b) ¿No hay norma legal que hable de punto de ingreso?
 - c) ¿Punto de ingreso por el mínimo o por el medio?
 - d) Sobre el tope mínimo legal
 - e) Punto de ingreso, agravantes y atenuantes, culpabilidad y prevención
 - f) Fijación del esquema e implicancias
- III. Procedencia del grado de culpabilidad y de las necesidades de prevención como pautas para la graduación de la pena
 - a) Soporte legal de la consideración del grado de culpabilidad para la medición de la pena
 - b) Soporte legal que determine la consideración de cuestiones de prevención especial positiva para la medición de la pena.
 - c) Ausencia de normas de derecho positivo que permitan la aplicación de apreciaciones de prevención general negativa para la medición de la pena y principios que impiden su instrumentación

d) Normas de derecho positivo que admiten la aplicación de nociones de prevención general positiva para la individualización judicial de la pena a fines disminuyentes

IV. Posturas de nuestra doctrina sobre el carácter de las pautas de individualización de la pena

§ 2. Teorías de la medición de la pena

- I. Introducción
- II. Teoría de la pena exacta o puntual
- III. Teoría del espacio de juego
- IV. Teoría de la gestación social
- V. Teoría del valor jerárquico del empleo
- VI. Teoría de la proporcionalidad del hecho
- VII. Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho
- VIII. Teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad

§ 3. El punto de ingreso

- I. La teoría de la escala de gravedad continua
- II. Críticas a la teoría de la escala de gravedad
- III. El punto de ingreso

§ 4. El artículo 40 del CP

§ 5. El inciso 1º del artículo 41 del CP

- I. Problemática del encuadre de las circunstancias concretas del caso dentro de las pautas de los incisos 1º y 2º del art. 41, supuesto de imposibilidad de encuadre en tales pautas y la cuestión de la doble valoración.
- II. La naturaleza de la acción
- III. La naturaleza de los medios empleados
- IV. La extensión del daño causado
- V. La extensión del peligro causado

§ 6. El inciso 2º del artículo 41 del CP

- I. Las pautas del inc. 2º art. 41 CP
- II. Las condiciones personales
 - a) La edad
 - b) La educación
 - c) Las costumbres y la conducta precedente
 - d) Los demás antecedentes y condiciones personales
 - e) Sensibilidad a la pena y susceptibilidad de la pena

- III. La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos
 - a) La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir
 - b) El comportamiento de la víctima como motivo
 - c) La miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos
- IV. La participación que haya tomado en el hecho
- V. Las reincidencias en que hubiera incurrido
- VI. Los vínculos personales
- VII. La calidad de las personas
- VIII. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad
- IX. El conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho

§ 7. Otras circunstancias de atenuación o agravación

- I. Conducta procesal
- II. Reparación del daño
- III. Profundización del daño

§ 8. El artículo 41 bis del CP: uso de un arma de fuego

§ 9. El artículo 41 ter del CP: reducción de escalas penales respecto de los partícipes o encubridores que proporcionen información útil

- I. Alcances del condicionamiento del beneficio a quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identifiquen
- II. ¿Quedan excluidos de la atenuante los autores o coautores?
- III. El problema del organizador, líder de la banda, que no interviene en la ejecución del hecho
- IV. Los motivos del colaborador

§ 10. El artículo 41 quater del CP: incremento de las escalas penales cuando los delitos del CP sean cometidos con la intervención de menores de dieciocho años de edad

- I. ¿El proyecto de ley como explicación del sentido de la ley?
- II. La letra de la ley y la interpretación sistemática: para el art. 41 quater, el término “mayores” ¿refiere a la mayoría de edad del código

civil, esto es a los 21 años de edad, o a quienes hubieren alcanzado los 18 años de edad?

- a) Interpretación limitada al propio artículo 41 quater del CP.
- b) Interpretación sistemática del artículo 41 quater del CP con relación al resto del ordenamiento jurídico.
- c) ¿Y la interpretación más benigna para el inculcado?

III. Interpretación teleológica: expectativas sociales y función del derecho.

IV. Para que se dé la agravante del art. 41 quater, ¿debe existir utilización o inducción del menor por parte del mayor?

§ 11. Revisión de la individualización judicial de la pena por un tribunal superior

§ 12. La pena de multa

§ 13. La pena en el concurso real de delitos

EXPOSICIÓN DE LAS CONCLUSIONES

§ 14. Conclusiones

*Bibliografía**

* Nota acerca de la bibliografía: en cuanto a las citas de textos, me he inclinado por las notas al pie de página (en lugar de notas al final de capítulo o numeral). También, tanto para libros como artículos me ha parecido más práctico, sin merma de información, citar en la nota al pie sólo el apellido del autor, el título de la obra y la página, dejando para quien lo necesite el total de los datos (estos son, además de los enunciados, el nombre completo del autor, el lugar donde fue impresa la obra que uso, nombre de la editorial y año de tal publicación) para el final del trabajo en el ítem dedicado a bibliografía, que he ordenado alfabéticamente por autor. Siguiendo una posibilidad editorial utilizada en algunos textos actuales, me aparto así de la tradición de citar en la primera nota al pie de un libro todos los datos de éste. Tales referencias completas las realizo, como lo indiqué, al final del trabajo en el ítem respectivo. Luego, cuando se trata de obras de cierta antigüedad, en el ítem Bibliografía, además del año de publicación -de la edición que utilizo-, entre paréntesis dejo constancia del año de la

publicación originaria. Para distinguir cuándo se trata de libros y cuándo de artículos, el título de los primeros lo escribo en cursiva, mientras que el título de los segundos entre comillas. En la cita de jurisprudencia, formulo la referencia íntegramente en la nota al pie de página o en el texto de página. Sólo incluiré en el ítem Bibliografía, la jurisprudencia que tenga nota al fallo. Por último, en el ítem Bibliografía, incluiré tanto libros como artículos (de doctrina y notas al fallo) los que podrán ser diferenciados -de los libros- por la especificación gráfica mentada.

§ 1. El sistema legal argentino de determinación judicial de la pena

I. El problema

Procuro en esta labranza abordar el problema de la medición judicial de la pena mediante un despliegue de dogmática jurídica¹. El estudio que realizo a continuación es teorizante pero referido cardinalmente a los puntos que considero de aplicación práctica y concreta por los operadores jurídicos.

El problema consiste en fijar pautas y conceptos que, sistematizada y coherentemente, permitan establecer las magnitudes de penas en casos judiciales concretos, a partir de la legislación nacional y supranacional que rige nuestro derecho. De ello se desprende una base y un límite dados por el derecho positivo.

El problema, y el desarrollo de la respuesta a lo largo del trabajo, tienen importancia no sólo académica sino práctica, en atención, en primer lugar, a que resulta parte trascendente del proceso judicial la determinación por parte del juez o tribunal, no sólo de la materialidad del hecho, autoría y culpabilidad, sino de la cantidad de pena que se dispone infligir al inculpado. Luego, en segundo lugar, porque cada vez son más cuestionadas por las partes del proceso las razones (o su ausencia o insuficiencia) por las que se decide la imposición de cierta cantidad de pena, con la apertura de la vía casacional que tal materia admite en la hora actual. La fórmula que sostiene que el Tribunal es soberano en

¹ Este trabajo se cierra al nivel de ciencia normal, en sentido kuhniano (KLIMOVSKY: *Las desventuras del conocimiento científico*, p. 344; del mismo: *Corrientes epistemológicas contemporáneas*, p. 50; del mismo e HIDALGO: *La inexplicable sociedad*, p. 182/183).

aspectos de medición de la pena, cabe ser entendida limitadamente, no de modo absoluto y sin reglas; como que es competencia del Tribunal dicha cuestión, pero que la misma debe ser detalladamente fundamentada y que a su vez puede ser revisable por un tribunal superior, al menos por arbitrariedad, caso contrario se estaría defendiendo la conservación de espacios de discrecionalidad sin contralor, justamente sobre un aspecto medular del sistema punitivo.

Luego de consultar detenidamente la más actualizada bibliografía sobre la cuestión, puede afirmarse que quien no se encuentre familiarizado con el tema se frustrará, en alguna medida, al acceder a los trabajos efectuados al respecto. Ello no en razón de barreras de los autores, sino de las dificultades y limitaciones que la materia impone. Ziffer, en nuestro país, ha llevado a cabo un trabajo decente que exhibe el alcance actual de la teoría de la medición de la pena y, pese a ello, de su examen surge que dicho campo temático no permite apreciaciones tan definidas como las que se dan en otras áreas del derecho penal y procesal penal.

No obstante, y precisamente sobre la base de tales inconvenientes y, por otro lado, teniendo en cuenta las exigencias de precisión que la práctica judicial concreta presenta, es que se torna indispensable intentar profundizar en el problema de la medida judicial de la pena, de modo ceñido intentando dar patrones cada vez más rigurosos, accesibles y concretos. En particular, no se observa la exposición de pasos a seguir para la graduación de la pena, tal como se ha realizado en la teoría del delito. Poco se expresa sobre si hay un punto de ingreso a la escala penal, si este punto de ingreso se encuentra en el medio o en el mínimo, y qué pasos a partir de allí cabría seguir para graduar pena. Tampoco expresa la jurisprudencia ni doctrina qué montos punitivos cabe sumar o restar a partir del punto de ingreso con relación a cada agravante o atenuante que se mencionan en las sentencias, entre otras cuestiones. En efecto, sin llegar a una formulación matemática, no parece suficiente la práctica que consiste en que se amontonen una serie de agravantes y una serie de atenuantes y que se concluya en un monto final.

El problema planteado entraña enfrentar la cuestión de hasta qué punto es factible dar claridades sobre las magnitudes de pena, sin ingresar en resultas arbitrarias por infundamentadas. A su vez, ello implica responder a la cuestión teórico práctica de la necesidad por parte de los tribunales de justicia de fijar una pena en los casos concretos que se les presentan, dada la obligatoriedad que, de darse los presupuestos normativos, reclama la legislación nacional. Y por último comporta dicho problema exponer qué pautas y conceptos se debe seguir para la fijación de la pena. Hasta no hace mucho, e incluso en la actualidad, han fluido sentencias que determinan montos de sanción penal con referencias no muy precisas a agravantes y atenuantes, como si se tratara de un punto que se da por conocido o que reviste importancia accesorio. Parece exhortar hoy día la práctica jurídica la explicitación por parte de los jueces de las razones por las que se agrava o se atenúa un monto penal inicial (punto de ingreso), brindando en su consecuencia no meras alusiones a agravantes (o atenuantes) en sentido anchuroso, sino desarrollos desvelados (sinceros) y explicados sobre por qué una circunstancia constituye un agravante (o un atenuante) calibrando su influencia en la medida de la pena, y permitiendo al imputado y su defensa -justamente, con tal taxativa y abierta exposición de razones- defenderse y poder cuestionar en caso de desacuerdo tales calibraciones. Tanto se ha dicho sobre la taxatividad del hecho imputado, y tan poco sobre la explicitación de las razones por las que se impone cierto monto de pena y no otro.

Estos aspectos tornan necesario efectuar explicaciones teóricas -que guarden coherencia y sistematicidad- y que a su vez trasciendan la aplicación práctica sobre la medición judicial de la pena, cuestión cardinal de este trabajo. El punto de la coherencia y la sistematización de los postulados, pautas y conceptos deviene importante. Primero en la moldura de un estudio teórico con proposiciones de aplicación práctica como el presente, y, segundo, en el contexto de la aplicación concreta por los tribunales de justicia de montos punitivos en casos con similares o idénticas características así como en casos con salientes disparejas, vista la exigencia constitucional de igualdad ante la ley.

II. Esquema para la graduación judicial de la pena

a) Exposición sintética

Con referencia a la regulación del CP sobre medición de la pena, el sistema argentino de derecho prevé penas relativas y absolutas^{2 3}. Las relativas están conformadas según mínimos y máximos. Como pena absoluta, se encuentra la prisión o reclusión⁴ perpetua. De especial consideración resulta la determinación de la pena con respecto a las penas relativas, donde la actividad del juez es más compleja.

El esquema, para la medida de penas relativas de privación de la libertad, graduables, que entiendo corresponde aplicar es el que surge básicamente de la interpretación de los arts. 40 y 41 CP, complementado por el art. 34 en lo que refiere a criterios de graduación de la culpabilidad, art. 1° de la Ley Nacional de Ejecución Penal en lo referido a la finalidad de prevención especial positiva, y criterio legal de pena suficiente⁵ del juicio abreviado como criterio extendible a la graduación de pena en juicio oral como concepto de prevención general positiva. De modo general se graduará pena conforme tales normas.

De modo sintético, consiste en que partir de un punto de ingreso, que será el mínimo de la escala penal, se identificarán y precisarán los agravantes y atenuantes del caso concreto, y se les asignará a cada uno de ellos un monto de punición (a sumar o a descontar), alcanzándose un monto fijo final que será la pena a aplicar⁶.

² Referencia detallada sobre clasificación de penas en BALCARCE: *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal Nuclear*, p. 129/138.

³ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, § 11.

⁴ La reclusión sigue existiendo, por sus consecuencias, diferenciadamente de la prisión en derecho positivo argentino.

⁵ Para Provincia de Buenos Aires, conforme art. 395 CPP.

⁶ Con similar norte se ha dicho que “La determinación judicial de la pena no sólo exige la fundamentación inherente a todo pronunciamiento condenatorio (arts. 123 y 404 inc. 2 CPPN.) sino que además se encuentra sujeta al análisis de los arts. 40 y 41 CPen., doctrina ésta que se ha sostenido reiteradamente en esta Cámara. Dicha tarea

Tales agravantes o atenuantes serán en principio regulados por las pautas de los incisos primero y segundo del art. 41. Además en supuesto de que el caso concreto presente una circunstancia o aspecto que no cuadre en pauta del art. 41, igualmente computará de acuerdo a la previsión el art. 40 conforme la cual los atenuantes y agravantes serán los del caso concreto.

En cuanto a la culpabilidad: se parte en la medición de la pena de un individuo que es culpable como presupuesto de la teoría del delito. Se parte de una culpabilidad plena pero neutra, esto es, sin aristas especiales ni de atenuación ni de agravación. Se trata todavía de una culpabilidad aun no graduada. La graduación de la culpabilidad, a fin de la medición de la pena, surge de dos fuentes: una, de los motivos que determinaron al imputado a delinquir, especialmente la situación de miseria, la cual se desprende del inc. 2° del art. 41 CP. La segunda, de los criterios del art. 34 CP. Cabe puntualizar que de modo medular no me refiero a imputabilidad disminuida, no obstante que pueden darse situaciones en que haya mermas de pena por imputabilidad disminuida, aunque cabe indicarlo se ha sostenido de modo general que su admisión no está

requiere que el tribunal de mérito indique en qué medida las pautas contenidas en los arts. 40 y 41 CPen. trascienden al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y que, en definitiva, incidirán en la graduación de la pena. De adverso, tal exigencia no se satisface si la sentencia sólo contiene una afirmación de que se han tomado en consideración las circunstancias previstas por el legislador, sin siquiera detenerse en precisar por qué deben ser consideradas, cómo han incidido en la decisión y menos aún en qué medida. El a quo -en el caso- sólo efectuó apreciaciones genéricas acerca de las circunstancias consideradas atenuantes y soslayó la consideración de aquellas que lo llevaron a apartarse de los mínimos previstos en las diferentes figuras imputadas. Y si bien el monto de la pena impuesta ha sido aplicado dentro de los límites mínimos y máximos establecidos por la ley para los delitos por los que se condenó al imputado, aquélla no se encuentra precedida de argumentación suficiente, es decir se desconoce el iter lógico seguido por los sentenciantes a la sazón” (Voto del Dr. Mitchell, adhiere el Dr. Fégoli, Dr. David en disidencia parcial). Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 2ª. Fecha: 10/07/2006. Partes: Cáceres, Diego A. o Cáceres, Javier E. s/recurso de casación. Lexis Nº 22/10397. Magistrados: Fégoli, David, Mitchell. Número: 6529. Expediente: 8837.2.

contemplada por el derecho positivo argentino⁷, o al menos no es admitida para quebrar los mínimos de las escalas penales. Sino, me refiero fundamentalmente a mermas de reprochabilidad, por ejemplo por situaciones fácticas externas al sujeto, disminuyentes de su grado de autodeterminación, situaciones lindantes con el estado de necesidad por ejemplo. Estas mermas o aumentos, al igual que el resto de las agravantes o atenuantes, deben ser expresamente mentados y fundamentados, identificándose si se trata de atenuante o agravante, y debe referirse qué magnitud de pena se les asigna a cada uno.

Por último, operarán aspectos de prevención. Pero cabe aclarar: no es prevención la peligrosidad mostrada en el hecho. Si hubo mayor peligrosidad en el hecho se computará como agravante y si mostró ausencia de peligrosidad en el hecho se computará como atenuante, pero ninguno de estos aspectos cabe que sean mentados como prevención⁸. Estos dos aspectos cuadran en las circunstancias de tiempo, modo y lugar del inc. 2º art. 41. No son prevención tal como han sido expresados porque no operan hacia el futuro, es decir como pauta que explícita y diferenciadamente del resto haga aumentar o disminuir la pena para prevenir la comisión de futuros delitos. Aumentan o disminuyen la pena igual que el resto de las agravantes o atenuantes del art. 41 CP. Ahora bien, como indiqué pueden ingresar aspectos que disminuyan la pena por necesidades de prevención. Más claro: por prevención sólo pueden

⁷ “El sistema penal vigente no reconoce el instituto conocido como ‘imputabilidad disminuida’, debiendo precisarse la respuesta punitiva dentro de la escala aplicable al sujeto plenamente capaz de culpabilidad si nos hallamos frente a una persona que, más allá de ciertos trastornos en su personalidad, tiene aptitud para comprender la criminalidad de su acto y dirigir sus actividad final en función de esa comprensión” (Trib. Casación Penal, Buenos Aires, Sala 1º, 11/03/2008 - Sorensen, Carlos A.).

⁸ “Si el encausado ha cometido el suceso ilícito que le es enrostrado, en la zona donde vivía y en perjuicio de sus vecinos de barrio revela, por cierto, una mayor peligrosidad que debe ser considerada en la operación de mensura punitiva, toda vez que tal circunstancia encuentra expreso sustento en lo dispuesto en el artículo 41 inciso 2º del Código Penal, según el cual deben tomarse en cuenta para la fijación de la pena aquellas ‘circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad’”. (Trib. Casación Penal, Buenos Aires, Sala 2º, 6/03/2008 - Díaz Ramírez, Gerardo M.).

ingresar atenuantes, caso contrario se vulnera el derecho penal de acto. Y en tal sentido, pueden ingresar sólo consideraciones de prevención especial positiva y general positiva. De modo sintético, puede decirse que es admisible computar como atenuante la conveniencia de reducir la cantidad de pena en favor del imputado, por ejemplo para su más pronta o inmediata reinserción en la comunidad (prevención especial positiva) y porque lo propicia la ausencia de necesidad de estabilizar la norma jurídico penal vulnerada (prevención general positiva).

Para completar: la condena anterior a la declaración de reincidencia obrará como agravante, tal como específicamente lo establece el art. 41 inc. 2° en el concepto antecedentes. Es fundamento de ello la atribución de un plus de culpabilidad, esto es, que la condena anterior por la que ahora se lo declara reincidente, hace a una agravación de la culpabilidad por el hecho, o si se quiere expresar de otro modo, a una mayor infracción a la vigencia de la ley. Para de inicio poner en claro una serie de situaciones que son próximas: (i) la condena anterior en la que no cumplió pena efectiva, obra como agravante por actualización de culpabilidad, en razón de que le fue impuesta al imputado la vigencia del sistema penal y de las prohibiciones penales, al menos de un modo claramente significativo, cuadrando tal circunstancia en los antecedentes. (ii) La condena anterior firme en la que cumplió pena efectiva, por la cual ahora se lo declara reincidente por primera vez, asimismo agrava en la actual pena (y de modo general de manera más grave que el antecedente de condena sin cumplimiento efectivo), visto que también tal actuación del sistema penal imprimió una actualización de la conciencia del inculpado de la vigencia de la prohibición penal, la cual cuadra aun en los antecedentes del imputado. (iii) Si el imputado comete un siguiente delito, en el cual es condenado y declarado reincidente por segunda vez, habrá de computársele en los antecedentes la primera condena y en el concepto reincidencias la condena por la que fue declarado reincidente por primera vez, pero no podrá serle imputado en condición de agravante de la pena para el caso actual la declaración de reincidente por segunda vez. (iv) Luego, las causas en trámite, si bien es posiblemente cierto que produzcan una actualización de la conciencia de la vigencia de la prohibición, dado que de alguna manera podrían vulnerar el principio de

inocencia, no corresponde que agraven la pena. (v) Menor posibilidad de admisión todavía tiene el fundamento que sostiene que las causas en trámite agraven la pena por peligrosidad, ya que en definitiva sería el mismo concepto que el incremento de la culpabilidad por actualización, sólo que transpolado desde este último al de peligrosidad. (vi) Tampoco las causas en trámite pueden impedir que se considere como atenuante la ausencia de condenas anotadas, ya que son conceptos independientes, y no cabe descartar que en las causas en trámite justamente el imputado resulte inocente, ni que al menos por ahora lo sea.

Por tanto, a cada agravante se corresponderá un monto punitivo de agravación que debe ser explicitado. Lo mismo para las atenuantes. Así se alcanza un monto exacto. El modo de agrupar las agravantes y atenuantes es por ende acumulativo. Pero lo más propicio sería dejar para el final la graduación de los disminuyentes por necesidades de prevención especial positiva y general positiva, lógicamente, en caso de tener lugar estos. Si bien el modelo no es matemático, pauta pasos a seguir y montos concretos a asignar a cada circunstancia, ello partiendo de un punto de ingreso por el mínimo. Se opone la propuesta a la tradición firmemente establecida por la práctica de los tribunales nacionales de mencionar las atenuantes y las agravantes, en su caso fundamentar, y luego redondear un monto final.

b) ¿No hay norma legal que hable de punto de ingreso?

Como he anticipado, partiendo de que se encuentre acreditado que la persona es culpable, culpabilidad a los efectos de la teoría del delito, no todavía como categoría -grado de culpabilidad- para la medición de la pena, entonces primero debe establecerse la escala punitiva con un mínimo y un máximo de sanción penal. Fijado el marco penal -mínimo y máximo- deberá procederse de acuerdo al art. 40 del CP que en principio parecería remitir completamente al art. 41 del mismo cuerpo. El art. 40 CP dice que «En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias

atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente». En principio, no parecería incorrecto, tal como está redactada la norma, sostener como lo hace Zaffaroni⁹ que el art. 40 queda vacío de contenido al remitir a las reglas del art. 41 (CP). Pero se verá que tal apreciación conforma un serio error interpretativo, porque al eliminarse el contenido de dicha norma se excluye otra deducción que será trascendente para el sistema de medición de pena del sistema legal argentino. En efecto, si se mira detenidamente en la literalidad de dicha norma, ya puede extraerse una conclusión: a partir de un punto, que estimo es el punto de ingreso -el cual como más adelante sostendré debe ser el mínimo de la escala-, se graduará pena conforme agravantes y atenuantes del caso concreto, teniendo en cuenta para tal evaluación los indicadores o reglas del art. 41.

De la literalidad del art. 40 CP, como dije, no sólo surge una referencia a las agravantes y atenuantes del caso concreto y una remisión para su evaluación a reglas o pautas del art. 41. Además, de la letra de la ley cabe inferir -de modo poco discutible- que la pena se graduará desde un punto fijo, ya que no podría ser desde un punto indefinido, teniendo en cuenta para tal graduación las agravantes y atenuantes. Aquí la ley argentina habla implícita pero incuestionablemente de un punto de ingreso, de modo que desde tal afirmación cabe cuestionar cualquier posición que sostenga que nada hay en el derecho positivo argentino referido a un punto de ingreso en la individualización judicial de la pena.

c) ¿Punto de ingreso por el mínimo o por el medio?

Ahora bien, de dicha literalidad del art. 40 CP, de la cual surge que hay un punto fijo que se ha denominado punto de ingreso a partir del cual se graduará pena por agravantes y atenuantes, pareciera lógicamente poder concluirse que dicho punto de ingreso no podría ser el mínimo de la escala penal, porque entonces las atenuantes no podrían operar, porque

⁹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, principalmente § 66, Punto II., 1.

no habría nada que descontar desde ese mínimo de la escala penal, salvo que hubiera agravantes y entonces sí proceder al descuento o compensación. Se ha señalado sosteniendo tal tesitura, que estimo equivocada, que “En todo el sistema de graduación de la pena subyace la proporcionalidad y el equilibrio. Ningún elemento puede ser eliminado so pena de erosionar una idea de armonía entre todas las acriminaciones. Suprimir el juego de la atenuantes reservándolas para actuar sólo en el supuesto que concurren agravantes, implicará borrar la distinta entidad objetiva que asume cada delito dentro del sistema, como la posibilidad, por ejemplo, de premiar la menor dosis de injusto y las conductas posteriores que procuren morigerar o eliminar el daño causado y, en definitiva, también no tener presente que la orientación liberal de la Constitución Nacional y, en su consecuencia, del Derecho Penal Argentino, implica computar el mérito y el demérito que, como todo lo axiológico, poseen también gradaciones y categorizaciones”¹⁰.

Pero no creo que la mentada sea la conclusión correcta, porque así como la teoría del delito no permite iniciar el examen de la imputación a partir de la culpabilidad o de la antijuridicidad, porque previo habrá de tenerse acreditada una conducta y una cuadratura en tipo penal, en el caso no se puede partir de que el hecho atribuido ya cuente con gravedad media, que sería la otra postura -aparentemente lógica- que se puede sostener para el punto de ingreso. En un robo con armas (art. 166 inc. 2º primer párrafo CP), cuya escala va de cinco a quince años de prisión, por el punto intermedio habría que ingresar entonces por diez años: de esta manera parece ya cargarse al imputado una serie de agravantes que, en rigor, no hay razón para tener por acreditados (sería una ficción), hasta tanto justamente se fundamente adecuada y de modo comprobado.

En igual sentido: un agente activo resulta ser el mínimo de integrantes para ejecutar un robo, por lo que cabe estimarlo como un supuesto que fija el piso del hecho en el mínimo de gravedad (en lo que respecta a

¹⁰ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Lexis Nº 14/102236. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

dicho ítem), y de allí que dos integrantes, constituya pluralidad de agentes activos, por lo que cabe estimarlo como agravante. De esta manera se puede construir mediante un proceso comparativo entre el caso normalmente menor (un agente activo), que se corresponde con la escala penal, la graduación de la pena estimando las diferencias en gravedad como agravantes (por ejemplo dos agentes activos). De esta situación partirá el sistema que propicio, en el cual se toma como punto de inicio el caso menos grave, sin que sea necesario llegar a extremos de tomar como punto de arranque el caso menos grave posible imaginable. El caso del cual se parte es un supuesto “normal” de gravedad mínima. Por lo que el modelo se constituye en un modelo de agravantes a partir de un supuesto mínimo, y de atenuantes específicas que descontarán o compensarán, en su caso, los aumentos por agravantes.

Un problema que no puede dejar de mencionarse, sería la disparidad de tratamiento entre el caso en que no se presenten agravantes de ninguna naturaleza y el caso de quien además de no presentar ninguna agravante exhiba un atenuante específico (por ejemplo por mermas de culpabilidad), puesto que en los dos casos correspondería el mínimo de la escala penal, pero como es obvio las situaciones son distintas. En este caso el modelo legal argentino, cabe interpretar que iguala evidentemente en el mínimo y, justamente, por ello no es observable, tratándose por ende de aspectos funcionales que se reiteran en el sistema penal. Por ejemplo: la suspensión del proceso a prueba para dos situaciones que representen distinta gravedad pero que ambas admiten tal beneficio, iguala en beneficio de los inculpadados, sin que por ello se vulnere norma jurídica, sin perjuicio de las apreciaciones que desde perspectivas filosóficas, morales, éticas o religiosas que, aunque ciertamente respetables (o no) en sus respectivos ámbitos, son ajenas a la ley penal como herramienta del estado y de la sociedad en su organización y gobierno.

Cabe precisar que es cierto que si se ingresa por un punto intermedio y se imagina un caso de esa gravedad (intermedia) a partir del cual juzgar agravantes y atenuantes en principio pareciera que por lógica podría arribarse incluso al mínimo de punición de darse el caso concreto con todas las circunstancias mínimas de gravedad de las posibilidades de la

realidad. Pero este procedimiento vulnera una regla básica de imputación penal ya que carga, de inicio, sobre una ficción al inculpado con un caso cuanto menos sito en el punto medio de los de la gravedad posible. La simetría estética si se quiere del modelo que sobre la base de la letra del art. 40 establece un ingreso por el medio, encuentra dicho escollo, no menor por cierto. Se trataría de un modelo interpretativo de la ley penal apoyado en la inversión del método de imputación, pero sobre el proceso de identificación de la magnitud de pena, nada más ni nada menos: se carga sin comprobación ni explicación inicial al imputado con gravedades de ilícito culpable, para luego evaluar si se aminoran -¿de comprobarse y de tenerse presente!- tales disminuyentes (o lo que es peor si se agrava), conformando un proceso de inversión de la carga de la prueba y de la fundamentación¹¹. Pero además este modelo de ingreso por el medio crea serios problemas en la consideración de lo que debe estimarse como atenuante. En este modo de ingreso por el medio, en el caso del robo cabe preguntarse si haber ejecutado el robo con intervención de un solo agente activo debe ser considerado atenuante, y a ello cabe puntualizar que entonces de no serlo, no operaría como disminuyente dejando el monto en el medio. O, cabe preguntarse, si el hecho de que el robo fuera cometido a plena luz del día, implica atenuante, y puntualizar que si no se lo considera de tal manera entonces no puede disminuirse el monto intermedio. Nótese que estos aspectos, de ejecución por un agente y a plena luz del día, de modo lógico no cabe que sean considerados atenuantes, y que por ello no operarían en el modelo de ingreso por el medio, dejando inalterada la pena en el medio, pese a que se trata de un

¹¹ En este último sentido, han expresado que “La resolución que dispuso la imposición de la pena de tres años y un mes de prisión se encuentra huérfana de sustento, ya que, si bien el sentenciante se aparta mínimamente del límite menor de la escala penal aplicable, las consecuencias de su decisión resultan de gran importancia y se proyectan a la ejecución de la pena de diversas maneras, lo que hace necesario aclarar los motivos de la elección de ese monto concreto. El juzgador no puede dejar de tener en cuenta la proporcionalidad con los objetos de reforma y readaptación social que resultan ser los fines esenciales de la pena privativa de la libertad” (Voto del Dr. Hornos, adhieren las Dras. Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona y Vedia). Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, fecha: 24/11/2003, partes: Villafañe, Julio César s/recurso de casación, Lexis Nº 22/7103, número: 4057, Expediente: 53564.

hecho de menor gravedad al menos en esos ítem trascendentes para la calibración de la pena. En cambio, si se ingresa por el punto mínimo de la escala penal, tales dos aspectos no afectan en nada la graduación de la pena (dejándola coherentemente en el mínimo), y sí lo harán el hecho de que se trate de dos agentes activos y que el hecho se hubiera cometido con aprovechamiento de la nocturnidad, porque ambas circunstancias cabe tenerlas como agravantes, ya que se apartan del caso mínimo normalmente imaginado.

El ingreso por el mínimo del modo indicado, es un modelo progresivo, asimétrico, que aumenta la gravedad por estratos fundamentados y que admite la aplicación de las atenuantes específicas como disminuyentes sobre la base de las agravantes aplicadas o bien a fin de tenerlas en cuenta para el modo de ejecución de la pena. No se trata de tener por concedidas inicialmente las atenuantes; es decir, no se produce que por ficción se concedan atenuantes, sino que lo que no se conceden por ficción son agravantes, lo cual deja el punto de inicio de la graduación en el mínimo.

d) Sobre el tope mínimo legal

No cabe excluir la posibilidad de que se planteen casos en que no se verifiquen agravantes y que el o los atenuantes del caso por su relevancia obliguen al examen de si es posible quebrantar el piso mínimo de la escala penal. Los tribunales en general firmemente se oponen a la admisión de quebrantar el mínimo de la escala penal, para lo cual habría de establecerse previamente la inconstitucionalidad de la escala penal del artículo en crisis con respecto naturalmente al caso concreto. No obstante, excepcionales situaciones de merma de culpabilidad, por ejemplo por mermas de reprochabilidad, podrían tornar admisible, de darse la comprobación de los extremos fácticos, la aplicación de una pena menor que la establecida por el mínimo de la escala.

e) Punto de ingreso, agravantes y atenuantes, culpabilidad y prevención

He expuesto que existen razones que llevan a sostener que el art. 40 CP no se halla vaciado de contenido por el art. 41 CP: es correcto, creo, defender la idea de que el art. 40 CP no se halla vaciado de contenido porque del mismo surge la remisión a atenuantes y agravantes del caso, cuestión que permite aceptar agravantes o atenuantes que no estén contempladas en las reglas o pautas del art. 41 CP y que sean relevantes para la correcta y real consideración del caso concreto. Nótese que habrá atenuantes vinculadas a la medida de culpabilidad que no necesariamente encuentren cuadratura en algunas de las pautas del art. 41. En efecto, pese a que es cierto que algunas de tales reglas permiten la remisión a aspectos de la graduación de la culpabilidad, por ejemplo los motivos que lo determinaron a cometer el delito, o la situación de miseria, o la edad o la educación, que según el tipo penal, pueden actuar como atenuantes vinculadas directamente a cuestiones de graduación de la culpabilidad, hay otras cuestiones de grado de culpabilidad, por ejemplo limitaciones de la autodeterminación por situaciones lindantes con estados de justificación o de disculpa, que pueden no estar contempladas en el texto de la norma, y que pueden ser ingresadas en la medición, a partir del texto del art. 40 CP que no limita las circunstancias a las del art. 41.

Es decir: el art. 40 habla de agravantes y atenuantes del caso concreto, mientras que el art. 41 si bien amplio y en varios puntos indefinido se acota a un número o conjunto de reglas o pautas que, cabe puntualizarlo, pueden ser superadas por las circunstancias y peculiaridades del caso concreto. Ello además de que, como expresé (anticipatoriamente en este esquema) el art. 40 CP inserta la pauta legal de un punto de ingreso a la escala penal. Quien busque un soporte de derecho positivo para sostener la existencia de un punto de ingreso como pauta legal obligatoria, estimo bien pueden remitirse al art. 40 CP. A mi modo de ver ello es inconcuso.

Después, en cuanto al art. 41: dicha norma tiene dos incisos, uno -el inciso 1°- clara y principalmente referido al hecho, con lo que se hizo y con el resultado, otro -el inciso 2°- enlazado con el infractor y las

circunstancias en que actuó^{12 13}, donde se pueden buscar aspectos directamente involucrados en la culpabilidad.

La peligrosidad como pauta de pronóstico para la comisión de futuros delitos, no cabe que sea admitida, porque vulnera el principio de derecho penal de acto y hace exceder el monto punitivo por la culpabilidad. La peligrosidad a que refiere el art. 41 inc. 2° es la producida en el hecho juzgado, y cabe ser cuadrada en las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

f) Fijación del esquema e implicancias

Entonces, ahora a modo de síntesis y precisando más el esquema y sin perjuicio del posterior examen de procedencia del grado de culpabilidad y de las necesidades de prevención, para la fijación del monto de pena: (1) dentro de la escala penal y a partir del punto de ingreso (mínimo de la escala penal), reconociendo la escala penal como una progresión continua de aumento de gravedad (teoría de la escala continua, a la cual firmemente cabe adherir en contraposición a una noción de discrecionalidad sostenida tradicionalmente), se fijará un monto punitivo valorando agravantes y atenuantes, (2) obrando como correctivos, que asimismo serán pautas agravantes o atenuantes, (i) el grado de culpabilidad por el hecho concreto, corrección que, en caso de tener lugar (porque puede resultar neutra, en el sentido de una culpabilidad por el hecho sin mermas ni excesos), tanto puede ser atenuante en caso de mermas del grado de culpabilidad (por ejemplo, disminución del grado de autodeterminación), como agravante (ej.: motivos que lo condujeron a cometer el hecho, o según el tipo penal: situación de elevada cultura y posición económica), y (ii) –también obrando como correctivos, que serán asimismo insertados como atenuantes junto al resto- las necesidades de prevención (que a continuación consideraré), siendo que estas últimas sólo podrán actuar, como expuse, como atenuantes, porque de otro modo

¹² CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 422.

¹³ Ver variaciones en el entendimiento de ello en, CHICHIZOLA: *La individualización de la pena*, p. 91.

superarían el monto que corresponda por la culpabilidad por el hecho, evitando de este modo vulnerarse el principio rector de respeto por la dignidad humana y la noción kantiana del hombre como fin en sí mismo que rechaza su instrumentación para otros fines. En otras palabras: las necesidades de prevención sólo pueden operar hacia abajo en el monto de la pena, indicándoselas como atenuante. Este esquema implica adherir a una teoría de punto exacto en lo relativo a la medición de la pena¹⁴.

Para evitar confusiones cabe distinguir la peligrosidad evaluada como aspecto puntual mostrado en el hecho por el autor, quien en tal situación produjo -o no- un comportamiento peligroso efectivamente, aspecto que debe cargar como agravante o atenuante (según haya habido una exhibición de peligrosidad intensa, o según por el contrario haya habido una exhibición de no peligrosidad), en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren su mayor o menor peligrosidad del inc. 2° del art. 41, de los aspectos de prevención. La peligrosidad mira el pasado, concretamente la peligrosidad del hecho efectuado y por eso se atenúa o agrava el monto de pena. Otra cosa es la atenuación del monto de pena por consideraciones del futuro, a ello se refiere la prevención. Prevención especial positiva o general positiva, en virtud de las cuales puede con fundamentación mediante y comprobación de los extremos invocados determinarse una pauta atenuatoria.

Habiendo asumido anticipatoriamente una adhesión a las teorías de punto exacto de medición de la pena y por ende a que se puede establecer también un punto exacto de culpabilidad que corresponda a un monto determinado de punición, es lógico que las necesidades de prevención sólo puedan actuar como disminuyentes del monto de pena, porque si actuaran como agravantes se superaría el castigo que corresponda a la responsabilidad por el acto, cuestión que vulneraría el principio de derecho penal de acto¹⁵. De otro modo, quienes rechazan la fijación de un

¹⁴ Roxin, entre otros, en cambio propicia que la medida de la pena debe realizarse dentro de un marco determinado por la culpabilidad del imputado. Pero además sostiene que dentro de ese espacio de libertad la pena se fijará por necesidades de prevención especial y general

¹⁵ Ver sobre ello, ZAFFARONI: *El enemigo en el Derecho Penal*, p. 18.

punto exacto de culpabilidad al cual corresponda un punto exacto de cantidad de pena, pueden dentro de ese marco de culpabilidad amplio¹⁶¹⁷, trabajar con las necesidades preventivas con libertad¹⁸ (aunque esa indeterminabilidad ha tenido objeciones¹⁹). Pero aquí no es admitida esa posibilidad, tal como lo sustentaré adhiriendo a una teoría de medición de la pena en un punto exacto.

III. Procedencia del grado de culpabilidad y de las necesidades de prevención como pautas para la graduación de la pena

a) Soporte legal de la consideración del grado de culpabilidad para la medición de la pena

He afirmado que en la medición de la pena tallan (del modo explicado en el punto anterior) el grado de culpabilidad por el hecho y las necesidades de prevención (la última categoría sólo como disminuyente). Pero esta afirmación no puede ser aceptada si no se encuentra amparada por normativa legal que así lo admita y además por el respaldo de argumentos racionales que tengan coherencia con los principios del derecho penal liberal respetuoso de los derechos humanos.

Que el art. 40 establezca un proceso para fijar pena, con un punto de ingreso, queda sostenido por la literalidad de dicha norma. De ella,

¹⁶ De ese modo ve el problema Roxin (ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, T. I., § 3, punto 5).

¹⁷ ROXIN: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, p. 100/101.

¹⁸ Roxin es tal vez el doctrinario del derecho penal más importante de los últimos tiempos. En lo que respecta al funcionalismo penal sin lugar a dudas es quien ha sostenido con más énfasis que la conformación y aplicación el derecho penal está basado en gran medida sobre los fines de la pena.

¹⁹ JAKOBS: *Derecho Penal. Parte General*, Apartado 1, § 49.

asimismo, surge pautada legalmente la aplicación de las agravantes y atenuantes que del caso concreto se desprendan y de acuerdo a los contenidos pautadores del art. 41 CP.

El soporte normativo de derecho positivo que permita la influencia de la medida de la culpabilidad por el hecho, puede hallarse claramente en el propio art. 41 CP inc. 2° con la expresa referencia a la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria, también con la referencia a las condiciones personales del imputado, como la edad, las costumbres, de las cuales puede estimarse un mayor o menor grado de reproche jurídico y de posibilidad de autodeterminación. Pero además en el art. 34 CP, dados los conceptos dispositivos que él contiene, los cuales se convierten en criterios que deben tenerse en cuenta para la apreciación de la menor o mayor culpabilidad en el caso que quepa atribuirle al imputado. Dejando de lado ahora la cuestión de la imputabilidad disminuida que no es admitida en derecho argentino de modo general, es indiscutible que pueden darse situaciones que sin verificar los extremos plenos de los incisos 2° a 7° del art. 34, permitirán al juzgador advertir mermas de culpabilidad y tornar menos reprochable el comportamiento del autor, aspecto que debe tenerse en cuenta para la individualización judicial de la pena. En este sentido, tampoco creo debe excluirse de modo absoluto el inciso 1° del art. 34.

b) Soporte legal que determine la consideración de cuestiones de prevención especial positiva para la medición de la pena.

Luego, el encaje de derecho positivo de conceptos de prevención especial²⁰ positiva en la medida de la pena, no creo que deban hallarse en

²⁰ “Hans Welzel entiende que las teorías preventivas especiales padecen en gran medida del problema de no distinguir con claridad suficiente entre penas y medidas de seguridad, siendo muchas de sus explicaciones particularmente valiosas para la teoría de las medidas de seguridad pero paradójicamente fracasan en la interpretación de la pena. Uno de sus principales sostenedores fue Von Liszt, para quien la prevención especial se puede concretar de tres modos: a) asegurando a la generalidad respecto del delincuente por su encierro; b) intimidando a éste para que no realice nuevos actos

el art. 41 inc. 2° del CP, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren la mayor o menor peligrosidad del imputado, sino en el artículo 1° de la ley 24.660 que establece que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. Ya lo he indicado, la mayor o menor peligrosidad a que se refiere el inciso 2° del art. 41 no se enfoca sobre una cuestión de prevención de futuros delitos que el imputado pudiera cometer, sino sobre un aspecto del hecho efectuado por el inculcado, a fin de individualizar la pena; por tanto, se mira en el pasado no en el futuro, y consecuentemente no se trata de prevención. Luego la referencia a la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, expresamente implementa una finalidad en la pena evidentemente de prevención especial positiva, porque pretende que el condenado se reinsera en sociedad y respete la ley, es decir que no cometa delitos en el futuro.

La idea de lograr la reinserción social y la comprensión del condenado del respeto por la ley, es cierto que puede plantearse como adquirible a partir de una mayor severidad de la pena; se trataría de la prevención especial negativa en uno de sus perfiles. Pero, en rigor de verdad no es ese el camino al que apunta la ley de ejecución de la pena, sino que dicha norma en toda su extensión y en su apreciación íntegra clara y evidentemente se imbrica en un proceso completamente afincado en la noción de prevención especial positiva. No es admisible el ingreso de mayor punición para evitar que cometa delitos el condenado, es decir, no son admisibles aspectos de prevención especial negativa, fundamentalmente

ilícitos, y c) mejorando al autor, evitando así que reincida. Este último medio es el que, entre los sostenedores actuales de la teoría, resulta ser el más importante traducido como "principio de resocialización". Así para Marc Ancel, representante del movimiento de criminología de la Defensa Social, la finalidad de la pena será reinsertar en la sociedad o reeducar al individuo delincuente, sin perder de vista que hay casos en que la resocialización no será posible. En este último supuesto, como decía el positivista Enrico Ferri, habrá que segregarlo o inocuizarlo, como afirmaba Von Liszt (la prevención especial "negativa" que ya mencionáramos)" (conf. RIQUERT, Marcelo A., "La pena conforme el modelo de la Constitución reformada", JA 1997-II-856).

porque ello vulnera el principio de derecho penal de acto, tal como ya se ha advertido.

El fundamento de la inconveniencia de infligir severidad a la pena, de extenderla a lo mínimo necesario o al mínimo tolerable para el sistema jurídico y para el sistema social, propicia la admisión de medidas o decisiones que limiten el uso del mal que constituye la prisión²¹ y/o la disminución del monto punitivo. En este respecto, como atenuante podrá fijarse bajo tal consideración un monto exacto de pena a descontarse que se sumará, en su caso, a otros montos de pena que correspondan a otros atenuantes.

c) Ausencia de normas de derecho positivo que permitan la aplicación de apreciaciones de prevención general negativa para la medición de la pena y principios que impiden su instrumentación

La prevención general negativa, o intimidatoria (modelo de Feuerbach), no tiene recepción de derecho positivo a fin de, en sede judicial, medir la pena a imponer en caso concreto²². No puede negarse que el legislador al

²¹ “Una condena de ejecución condicional cumple la finalidad de servir como advertencia, que además de operar disuasivamente en el futuro inmediato, cumple una función de prevención especial positiva pues conlleva un llamado para que el condenado oriente su comportamiento hacia el respeto al sistema normativo” (conf. C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, fecha: 23/02/2006, partes: Lamuniere, Andrés D. y otro).

²² “Desde el punto de vista de la prevención especial -consideraron quienes recurren- debió computarse la conducta anterior y posterior del condenado. Y en tal sentido no parece adecuado el encierro para quien en setenta años de su vida nunca cometió un acto ilícito, se presentó espontáneamente ante la justicia y se sometió permanentemente a ella, y declaró, contestó y colaboró con su administración. La edad del condenado se yergue pues, en el caso, como “un parámetro de necesaria consideración”, más cuando la ley 24660 (art. 33) la estima ‘como motivo suficiente para establecer un modo alternativo de cumplimiento de la pena efectiva’ a los mayores de setenta años, por lo que imponer pena de esa modalidad de cumplimiento a quien está por cumplir dicha edad ‘sólo puede responder a un sentido de injustificada e injustificable vindicta social’, es decir, para lograr ‘un efecto de

momento de fijar los parámetros de las escalas penales tiene en cuenta los montos a aplicar como amenaza a los ciudadanos o habitantes, pero este concepto no tiene admisión de derecho positivo en nuestro país a fin de calibrar judicialmente la pena, por lo que cabe descartar su aplicación a casos concretos. Ello sin perjuicio del efecto intimidatorio que causa en la población la sanción penal concreta que se aplique en un caso determinado (por ejemplo, la que trasciende por difusión de medios públicos o de otro modo más inmediato). Jakobs ha sostenido además, creo que acertadamente, con respecto a la prevención general negativa, que no tiene lugar porque es un modelo en el que no aparecen los destinatarios del funcionamiento de la pena: los miembros de la sociedad, a los que se debe proteger ante infracciones de la norma. Tales miembros no consideran primordialmente al delito como un suceso potencialmente provechoso para el autor (tal como lo hace la prevención general negativa), sino potencialmente perjudicial para ellos mismos²³. En similar sentido y con parecidos argumentos, Hassemer expresó que el modelo de la intimidación no es apto²⁴. Pero allende estas opiniones, la ley argentina nada dice sobre la admisión de incrementar el monto de pena por la necesidad de plasmar una amenaza visible para quienes pudieran pensar llevar a cabo acciones delictivas de similar tenor que la castigada.

d) Normas de derecho positivo que admiten la aplicación de nociones de prevención general positiva para la individualización judicial de la pena a fines disminuyentes

La noción de prevención general positiva²⁵, en sus diversas versiones²⁶, en boga (algunos autores dicen que se trata de un producto de moda

prevención general negativa' que actualmente causa repulsa como parámetro válido 'para mensurar la pena en el momento de su determinación judicial' (C. Nac. Casación Penal, sala 1ª. fecha: 17/08/2001, partes: Bertschinger, Hugo N.).

²³ JAKOBS: *Derecho Penal. Parte General*, Apartado 1, § 31.

²⁴ Porque las normas no se estabilizan en las personas y grupos por la intimidación, sino mediante la persuasión (HASSEMER: *Fundamentos de Derecho Penal*, 390/394).

²⁵ «La prevención general positiva o de integración alude al aspecto de la inhibición de realización de delitos por la comunidad en general, tomando para ello en

pretendiendo con tal calificativo desprestigiar la moción, en lugar de formular los argumentos concretos que racionalmente demuestren su inhabilidad lógica y legal) en los últimos tiempos²⁷, es rechazada mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia nacionales con relación a sus posibles aplicaciones a conceptos de dogmática jurídica (salvo algunas admisiones de conceptos de imputación objetiva en el tráfico rodado²⁸). En otras palabras: no se acepta de modo generalizado y expreso que por cuestiones de integración o cohesión social (reafirmación de la norma) se imponga una situación más gravosa. Pero no ha sido indagado ni tratado en cambio por la doctrina ni jurisprudencia nacionales que la ausencia de necesidad, o escasa necesidad, de sanción penal (ausencia de necesidad de reafirmación de la norma) pueda ser admitida como presupuesto de disminución del monto punitivo o aún como excluyente del mismo.

Podría plantearse de dónde surge semejante idea. Pues bien, proviene de Roxin quien dijo, en uno de sus trabajos más renombrados²⁹ que “Cuando ninguno de estos efectos preventivos sean necesarios, por más que el autor haya actuado culpablemente en el sentido tradicional de la palabra, no podrá imponérsele una pena.” Es más, Roxin propicia la realización de desarrollos e investigaciones a fin de determinar conceptos sobre “la prevención mínima indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico”, aspecto que tal vez, en caso de que se tomara

consideración un doble cauce; por un lado mediante el restablecimiento del derecho como mecanismo regulador de conductas y por otro lado como mecanismo conformador de la conciencia jurídica colectiva» (PÉREZ MANZANO: *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, p. 25).

²⁶ Un modelo de prevención general positiva con función moralizante es el de Andenaes, quien trata el efecto moral y educador del Derecho Penal como contraste con su efecto intimidador (ANDENAES: *Punishment and Deterrence*, p. 110).

²⁷ La prevención general positiva de Jakobs tiene en común con Welzel el perseguir el mantenimiento de la fidelidad al derecho en la colectividad (MIR PUIG: “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, p. 52).

²⁸ Ver mi comentario al caso Cabello.

²⁹ (ROXIN: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, p. 21 y 113).

dicha propuesta, diera lugar a una noción de derecho penal mínimo funcional, perfil indagado de modo secundario en el presente trabajo.

El concepto de prevención general positiva es admitido -aunque no sea de modo muy evidente, o, mejor dicho, desvelado- en derecho positivo argentino. Es incuestionable la admisión por la legislación nacional (y provincial) con respecto al juicio abreviado. En dicho proceso especial se admite que se propicie una *pena suficiente*³⁰, acordada por las partes, y admitido el acuerdo por el órgano jurisdiccional en sus diversos aspectos, se finiquita el proceso (sin perjuicio de vías recursivas). A mi modo de ver, esta utilización de un monto de pena suficiente (generalmente se trata de un monto inferior al que podría darse en un juicio oral) no es otra cosa que el piso que permite (o se propone desde) la noción de prevención general positiva, en el caso como mínimo necesario. Esta sería la idea de Mir Puig sobre un concepto de fin de pena superador de los tradicionalmente entendidos, en el cual confluyen todos aquellos. En otras palabras y tomando tal idea de derecho positivo para el caso del juicio abreviado como criterio y haciéndolo extensivo al resto de los supuestos de fijación de pena: la noción de prevención general positiva podría tener admisibilidad en supuestos de disminución del monto punitivo, sin que se afecte lo exigido como pauta general -por la ley y por la experiencia jurisprudencial- como monto penal sancionatorio. En conclusión, un caso, no menor (por su tendencia a la generalización en el sistema judicial), es el del juicio abreviado.

Sin alcanzar relevancia plena para la admisibilidad del concepto de prevención general positiva, cabe considerar en ese sentido la potestad del Fiscal de admitir o rechazar (fundadamente) la suspensión del proceso a prueba. La oposición fiscal a la admisión de la suspensión el proceso podría tener lugar por razones de necesidad de afianzamiento de la ley, es decir de integración social. Luego, cuando el Fiscal admite o incluso propicia la suspensión del proceso, está haciendo uso de un concepto no

³⁰ El art. 395 CPP de la Provincia de Buenos Aires reza: Si el fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad no mayor de ocho años o de una pena no privativa de libertad, procedente aun en forma conjunta, podrá solicitar el trámite del juicio abreviado.

sólo de prevención especial positiva³¹ (de no afectar al inculcado con la prosecución del proceso), sino que tal posibilidad está encajada en un marco previo que consiste en que la ausencia de necesidad de sanción (la prevención especial es consumida en un concepto superador de prevención general positiva), permite dejar en suspenso la causa, es decir, dejar pasar la sospechada infracción penal.

De cualquier modo, y a manera de síntesis con relación a la admisibilidad de aspectos de prevención general positiva, ella, conforme lo he propiciado, sólo encuentra posibilidad como atenuante, es decir, como una circunstancia que debería hallarse debidamente fundamentada y explicada, con base en la ausencia de necesidad o la escasa necesidad de reafirmación de la vigencia de la norma respecto del caso concreto, y que como cualquier otra circunstancia atenuante, debe ser expresada con su correspondiente monto de sanción punitiva a descontar. Es decir, deberá decirse cuánto monto punitivo corresponde descontar por esta pauta, lógicamente en caso que el juzgador la estime de aplicación al caso concreto.

IV. Posturas de nuestra doctrina sobre el carácter de las pautas de individualización de la pena

En nuestra doctrina se plantean principalmente tres posturas sobre el carácter de las pautas de individualización judicial de la pena. Una que sostiene que todas las pautas, tanto las del inciso 1° como las del inciso 2° del art. 41 CP tienden a demostrar la peligrosidad del autor^{32 33}. Esta idea proviene de la escuela positiva, y tuvo imbricación en autores como

³¹ “La suspensión del juicio a prueba procura un fin de prevención especial positiva, que, como la enumeración no taxativa de reglas de conducta contenidas en el art. 27 bis CPen., propicia al juez la posibilidad de justipreciar la elección del instrumento idóneo para lograr que el imputado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley” (Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal, fecha: 02/07/2004, partes: Benítez, Ramón L. O).

³² CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 423.

³³ NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, T. II., p. 456.

Núñez, Gómez y Ramos. Este camino fue reencausado por Soler³⁴ - habiéndose tornado preponderante tal redireccionamiento³⁵-, quien indicó que la medida de la pena se fundamenta igualmente en la culpabilidad como en la peligrosidad del autor³⁶. Zaffaroni³⁷, actualmente (segundo tratado), se aparta de estas dos posiciones (la última, la de Soler, era cercana a su ponencia del primer tratado, aunque Zaffaroni hacía centro en la finalidad de prevención especial positiva de corte cristiano) y plantea una culpabilidad por el acto corregida por una culpabilidad por la vulnerabilidad. Directamente este autor, en términos generales, no admite cuestiones preventivas a la hora de fijar la pena³⁸, más bien propicia una prevención respecto del sistema punitivo y una compensación por el esfuerzo del autor para alcanzar la posición concreta de vulnerabilidad.

Estas posiciones ya tradicionales en nuestro derecho, reconocen, en alguna medida, con la excepción de Zaffaroni, necesidades preventivas. La posición de la escuela positiva coloca en el centro a la peligrosidad³⁹, y todas las pautas, aun la medida de la culpabilidad, las limita por las necesidades de neutralizar la peligrosidad del individuo hacia el futuro. Cuando digo que limita la culpabilidad con la necesidad de neutralizar la peligrosidad, quiero decir que se impone la necesidad de elevar la pena sobre el monto de la culpabilidad. La postura de Soler iguala en importancia, a los fines de la medida de la pena, la medida de culpabilidad y la peligrosidad del autor. Por último Zaffaroni toma una posición compleja que refiere a una peligrosidad del sistema punitivo y otra del

³⁴ SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. II, p. 420.

³⁵ Sobre tres pivotes (gravedad objetiva del delito, motivos determinantes y personalidad del autor) fundamenta la medida de la pena, JIMÉNEZ DE ASÚA: *La ley y el delito*, p. 445/449.

³⁶ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 423.

³⁷ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 66, Punto IV.

³⁸ Por el contrario, Donna, siguiendo a Schünemann, indica que el fundamento de la punibilidad se halla en la culpabilidad, y señala que la medida de la pena debe determinarse por necesidades preventivas (pero poniendo como límite superior la culpabilidad), indicando como calibradores el valor del bien jurídico lesionado, la peligrosidad de la motivación del autor que se revela en el hecho y otras circunstancias subjetivas (DONNA: *Teoría del delito y de la pena*, T. 1., p. 235/236).

³⁹ NÚÑEZ: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 340.

individuo vista hacia el pasado, es decir la peligrosidad demostrada en el acto delictivo (ésta peligrosidad es la única que corresponde tomar) y en tanto qué esfuerzo realizó para ser alcanzado (criminalización secundaria) por el sistema penal (culpabilidad por la vulnerabilidad).

En este trabajo como he expresado (ver punto II. Esquema para la graduación judicial de la pena), intento dar interpretación a la ley penal que al respecto regula la cuestión. Básicamente al art. 41 CP, aunque aunado a criterios del art. 34 en cuanto a grados de culpabilidad, al art. 1º de la ley 24.660 en cuanto al ingreso de aspectos de prevención especial positiva como atenuantes para la medición de la pena, y por último a la colación del concepto de pena suficiente correspondiente al juicio abreviado, como un criterio de prevención general positiva aplicable como atenuante en el proceso de medición de pena. La postura interpretativa de la ley aquí sostenida parte de un punto de ingreso por el mínimo de la escala penal correspondiente al encuadre legal conformado, luego a la valoración de agravantes y de atenuantes, conformándose así un monto determinado, exacto, de pena. Se incluyen, por prescripción legal, dentro de los agravantes y atenuantes consideraciones de culpabilidad por el hecho concreto (mermas o incrementos) y de prevención (esta última sólo como atenuante, y por nociones de prevención especial positiva y general positiva). Se agrega que a cada atenuante y agravante debe asignársele un monto de pena a descontar o a aumentar respectivamente. La práctica actual de enumerar las agravantes y atenuantes, incluso explicarlas en algunos casos, pero no asignarles una cantidad de pena a cada una de ellas, sino concluir en un monto final, resulta en la admisión de un alto grado de discrecionalidad.

§ 2. Teorías de la medición de la pena

I. Introducción

Especialmente la doctrina pero también jurisprudencia han esbozado teorías acerca de cómo se debe calibrar la pena. Tales teorías constituyen cuerpos conceptuales explicativos, muchas veces no vinculados a la interpretación de la ley. Son a su vez estructuras con un lineamiento lógico a partir de las cuales se pretende brindar un método o modelo para graduar la pena. Las teorías en general oscilan entre dar mayor cabida a la culpabilidad o a la prevención para fijar la pena. También se debaten en cuanto a si es posible fijar un punto fijo o exacto de pena o si ello es imposible y se arriba en consecuencia a un monto fijo sobre una decisión en algún punto arbitraria. Si bien las teorías son importantes porque tratan aspectos complejos y discutidos de la medición de la pena, en el derecho argentino la ley fija pautas sobre cómo se debe graduar la pena. Los tribunales nacionales toman como base para graduar pena la letra de los artículos 40 y 41 del CP. Aplican de acuerdo a estas normas agravantes y atenuantes y conforman así dentro de la escala penal adjudicada al hecho juzgado un monto de pena. Estrictamente, de modo general se aprecia que sólo los tribunales utilizan consideraciones expresas de prevención para determinar si corresponde una pena de cumplimiento efectivo o condicional. Parece sostenible afirmar que cualquier esbozo teórico que se formule sobre cómo deben graduar pena nuestros tribunales debe tener andamiaje en el derecho positivo nacional y supranacional implicado.

A continuación explicaré los conceptos principales de las teorías más reconocidas.

II. Teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafetheorie*)

Se ha dicho que esta teoría es de corte retribucionista⁴⁰ y ello será exacto en tanto se la vincule exclusivamente con una pena basada puramente en culpabilidad por el hecho y exorbitadas cuestiones preventivas. Pero, cabe notar, que por lógica también puede sostenerse del mismo modo una pena basada no sólo en la culpabilidad sino en aspectos preventivos y aun pretenderse alcanzar la exactitud.

Pero esta teoría en principio busca la pena exacta que se corresponda con la culpabilidad. La culpabilidad resulta una magnitud fija y, por ende, la pena podría sólo ser una, esto es, fija⁴¹. Se ha sostenido al respecto que se podría admitir en atención a la limitación del conocimiento humano que la pena oscile en un estrecho marco reducido, pero siempre delimitado por la culpabilidad⁴², pero ya se estaría en un marco de espacio de juego ajeno a una teoría de punto exacto. Por ende, en puridad, esta teoría niega un espacio de juego amplio por razones preventivas y aspira a una pena exacta y justa⁴³. En efecto, las teorías que parten de que hay un marco de montos penales con un mínimo y un máximo asignados a la culpabilidad, permiten dentro de esos parámetros proceder a graduar la pena según las necesidades preventivas. En cambio esta teoría afirma que es posible fijar un monto exacto de pena que se corresponda con el injusto y con el grado de culpabilidad atribuible al autor. La idea rectora de esta posición no condiciona la cantidad de pena a las necesidades de prevención, aunque es posible, según algunas propuestas, que el monto exacto obtenido por la culpabilidad se ajuste levemente a consideraciones preventivas, siempre que no se aparte excesivamente del punto adecuado

⁴⁰ MIR PUIG: *Derecho Pena. Parte General*, Lección 31. § 58.

⁴¹ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 51.

⁴² KAUFMANN: *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, p. 65.

⁴³ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 187.

a la culpabilidad⁴⁴. Aunque se ha afirmado, como anticipé, que esta última posibilidad ya cabe entenderla como una variante de la teoría del espacio de juego⁴⁵.

El reproche que lleva implícita la pena fundamentada exclusivamente en la culpabilidad, es un reproche que lleva implícito un señalamiento moral, es decir un andamiaje de retribución que equivale a un reproche también moral.

III. Teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*)

Esta teoría establece que no es factible fijar una cantidad de culpabilidad exacta ni que, por ende, pueda discernirse cuál es la cantidad exacta de pena que le corresponde. Se sostiene, según la teoría del espacio de juego, que es factible establecer un marco de culpabilidad al cual corresponde un marco punitivo acotado, es decir, un piso de magnitud penal como mínimo y un tope como máximo, dentro de la escala penal respectiva⁴⁶. Si se supera ese máximo o ese mínimo, ya la pena no se correspondería con la culpabilidad, por lo que cabe asignar a esta teoría una base en el reproche por la culpabilidad, porque siempre en definitiva se estaría puniendo, devolviendo, cantidad de pena por la culpabilidad por el hecho cometido. La teoría fue elaborada por la jurisprudencia alemana y es dominante⁴⁷.

Se cree que fijando un marco de pena ajustado a la culpabilidad y haciendo jugar dentro de él las necesidades preventivas, se da solución a la tensión entre la medida de pena adecuada a la culpabilidad y la adecuada a las necesidades preventivas⁴⁸, pero siempre amparándose en la justificación de la culpabilidad retributiva.

⁴⁴ JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 1199.

⁴⁵ HÖRNLE: *Determinación de la pena y la culpabilidad*, p. 25.

⁴⁶ ALBRECHT: *Strafzumessung bei schwerer Krimnalität*, p. 37.

⁴⁷ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 49.

⁴⁸ SCHNELLE: *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*, p. 86.

Debe distinguirse, en lo que refiere a esta teoría del espacio de juego, entre la determinación de un marco ajustado a la culpabilidad y el paso siguiente que consiste en alcanzar una pena puntual dentro de ese marco, momento en el cual los fines preventivos se manejan libremente⁴⁹. Pero también se ha explicado que la magnitud de pena debe ser el segmento más estrecho del ámbito de la sentencia, sin ningún razonamiento adicional en cuanto a que la prevención sea una orden judicial⁵⁰. De esta manera, aun dentro de la teoría del espacio de juego, se podría reducir notablemente la influencia de los fines preventivos, sin llegar a negárselos como posibilidad de calibración⁵¹. La extensión de la libertad de utilización de razones preventivas dentro del marco de la culpabilidad varía según los autores. Asimismo varía la amplitud o apertura que alcanza el marco de culpabilidad capaz de establecerse.

La teoría del espacio de juego, en realidad, afirma que es factible establecer con algún grado de seguridad un marco punitivo acotado resultante de una magnitud de culpabilidad también más o menos definida. Acepta la imposibilidad de precisión en la fijación de un monto de pena por la culpabilidad, y luego dentro de lo que más o menos se estima que cabría retribuir, hace jugar ya como incrementadores ya como disminuyentes pautas de prevención general o especial.

IV. Teoría de la gestación social (*Theorie des sozialen Gestaltungsaktes*)

Esta teoría ha sido sostenida principalmente por Dreher⁵². Conforme a ella no se puede encontrar la pena que se corresponda con la culpabilidad,

⁴⁹ BRUNS: *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, p. 268.

⁵⁰ STRENG: *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 185.

⁵¹ HÖRNLE: *Determinación de la pena y la culpabilidad*, p.26.

⁵² CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 198.

sino que la definición del monto punitivo es un acto creador en el marco de la estructura social⁵³.

Indica Dreher que las medidas superior e inferior del marco del espacio de juego no son puntos fijos, sino «fronteras difusas», por lo que entonces no se podría saber si las penas son adecuadas o inadecuadas a la culpabilidad⁵⁴. En ese orden, según Dreher, el juicio de la gravedad de la culpabilidad es sobre todo un acto valorativo, que no se refiere sólo a una consideración global cerrada, sino a la valoración de los diversos factores reales particulares de la individualización. Además, dicha valoración no se halla -en una sociedad plural- prefabricada en la ley, sino que sólo puede ser acometida por el juez a través de un ejercicio personal⁵⁵.

Las bases de esta teoría, tal como es esbozada por Dreher, no se encuentran lejos de las posiciones de Jakobs (aunque éste establece un marco relativamente importante de máximo y mínimo según necesidades preventivas). Nótese que en principio y de modo general no resultan equivocadas las críticas que dicen que la teoría de la gestación social se asemeja a una teoría retributiva de la pena exacta conforme apreciaciones de prevención general positiva⁵⁶ o que, igualmente, dicha teoría no se diferencia de la teoría de la culpabilidad exacta o puntual⁵⁷, con lo cual se está afirmando que es posible en definitiva acceder a un monto exacto de pena, pero ya no sobre la base de lo correspondiente a la culpabilidad sino de lo correspondiente a necesidades de prevención, conforme un ejercicio de gestación social. Es correcta esta comparación ya que una teoría de gestación social -que estimo basada en el concepto de prevención general positiva-, busca la medida de la pena no tanto en la culpabilidad ocurrida en la cabeza del autor, sino en la medida de gravedad de infracción a la norma asignada a un autor -con una personalidad particular- desde la visión de las expectativas sociales

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 199.

⁵⁷ SCHNELLE: *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*, p. 92.

vigentes, con relación a la prohibición concretamente vulnerada. Lógicamente, aunque de modo oculto, se hallaría, según esta teoría de gestación social, como límite una prohibición de arbitrariedad, es decir, que si bien la culpabilidad ya no constituye un marco bien definido dentro del cual se regule la pena, al menos seguirá operando como una barrera más o menos flexible que impide una pena tan grave que supere lo razonable. Una contradicción en las afirmaciones de Dreher se encuentra en que afirma que no es posible fijar un punto exacto según la culpabilidad, pero por otro lado parecer admitir que sí puede arribarse a una determinación exacta conforme la gestación social. En rigor, y en honestidad, las precisiones exactas sobre medida de pena, que por ejemplo, permitan establecer un día más o un día menos de pena, no son posibles según el avance actual del conocimiento. Pero dejando de lado este punto de exactitud absoluta, si Dreher admite que es factible alcanzar una pena determinada sobre la base de un ejercicio de gestación social (que entiendo debería efectuar el juez en soledad) también es admisible que el juez alcance una determinación de pena exacta por la culpabilidad por el hecho y aun por cuestiones de prevención.

V. Teoría del valor jerárquico del empleo (*Stellenwerttheorie* *order Stufentheorie der Strafzumessung*)

La noción central de esta teoría consiste en que según el momento procesal respectivo debe establecerse el valor de cada uno de los fines de la pena⁵⁸. Hay una separación entre un primer momento, en que se establece la cantidad de pena -el monto- que se corresponde con la culpabilidad y un segundo momento en que se evalúa, a partir de esa cantidad de pena, el tipo o clase de pena y la aplicación o no de la condena condicional⁵⁹. La teoría examinada en alguna medida se corresponde con la pena exacta según la culpabilidad, porque se afina en el establecimiento de una cantidad de pena fija justamente por la

⁵⁸ HENKEL: *Die richtige Strafe, Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, p. 23.

⁵⁹ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 200.

culpabilidad⁶⁰. Por ende, hay dos etapas: en la primera se fija la pena exacta por la culpabilidad (fijación sin la cual no podría realizarse la segunda etapa); en la segunda etapa operan las finalidades de prevención general y especial, regulándose de qué modo debe ejecutarse la pena y si ella debe aplicarse o no⁶¹. Es tajante la división porque en el primer momento sólo entra la culpabilidad, resultando excluida cualquier consideración preventiva. Y a la inversa, en la segunda etapa influye absolutamente lo preventivo, excluyéndose toda consideración de la culpabilidad⁶². Se intenta así solucionar el problema de las antinomias entre culpabilidad y prevención⁶³. Según esta teoría la fijación de pena corresponde a una cuantificación de la culpabilidad en unidades de pena, siendo esta unidad la pena de prisión. En la primera etapa se debe medir la pena -por la culpabilidad- como si la pena fuera aplicarse⁶⁴. Se ha criticado a esta teoría que no parece acertada la idea de determinar el monto sólo en función de la culpabilidad tradicionalmente entendida⁶⁵.

No pareciera posible según esta teoría que por necesidades preventivas se pudiera disminuir la cantidad de pena, es decir, la fijación del monto de pena surge conforme la teoría del empleo por la culpabilidad de modo exclusivo. No puede dejar de mencionarse que también la teoría en examen resulta tal vez algo rígida, porque al determinar un monto fijo, prácticamente congela las posibilidades posteriores de evaluación de condena condicional por ejemplo cuando se supera los tres años de prisión, ya que en derecho argentino no es posible conceder la condicionalidad de la pena cuando el monto de la condena es mayor a tres años.

⁶⁰ ALBRECHT: *Strafzumessung bei schwerer Krimnalität*, p. 43.

⁶¹ MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, Lección 31, § 62.

⁶² ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 52.

⁶³ MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, Lección 31, § 62.

⁶⁴ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 52.

⁶⁵ ROXIN: "Prevención y determinación de la pena", en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, punto IV.

VI. Teoría de la proporcionalidad del hecho (*Tatproportionalitätstheorie del Strafzumessung*)

Dice esta teoría, en sus líneas generales, que la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho establecido éste por dos parámetros: nocividad del comportamiento y culpabilidad del autor⁶⁶. Al momento de fijar la pena se deja de lado la evaluación preventiva y se centra la medición en la gravedad del hecho cometido, valorándose el pasado sobre la particular reprochabilidad del comportamiento⁶⁷.

Así planteada, la teoría no es otra cosa que una pena retributiva que intenta una igualdad para los participantes del sistema y que se halla anclada a concepciones morales tradicionales de fondo que se reflejan en el reproche que lleva implícita la pena según esta manera de concebirla. Hasta aquí y así formulada la idea conserva coherencia, allende se esté o no de acuerdo con la exclusión de cuestiones preventivas.

Dentro de tal concepción ha sido encuadrada la versión esbozada por Schünemann: la única pena lícita es la que tiende a la estabilización de la conciencia jurídica general y a la internalización de las prescripciones protectoras de bienes jurídico o a la protección de la sociedad de los peligros manifiestos del autor en el futuro, cuya imposición sea justificada por el principio de culpabilidad⁶⁸. Schünemann agrega que también habrá de tenerse en cuenta la sensibilidad a la pena del autor y que las ponderaciones sobre la personalidad deben desaparecer de la medición de la pena, para así conseguir igualdad y racionalidad⁶⁹. Aspectos primordiales para la medición de la pena serán la intensidad, tipo, proporción y modalidad de la lesión al bien jurídico y además, conforme la ley alemana⁷⁰, de acuerdo con la situación del autor y su particular sensibilidad a la pena⁷¹.

⁶⁶ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 203.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Parágrafo 46.2 StGB.

⁷¹ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 210.

La idea de esta teoría, independientemente de todos los agregados correctores que formulan los diversos autores y que en muchos casos le quitan claridad a la teoría y tienden a generar una propuesta confusa, como indiqué está basada por la evaluación de la gravedad del hecho y por la medida de culpabilidad del autor. Hasta aquí la teoría es clara, luego cuando introduce aspectos diversos y de modo poco claro, se presta a confusiones nocivas.

VII. Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho

Köhler a partir de una pena por la culpabilidad en estricto sentido, y como limitadora de la violencia penal, sostiene el efecto de prevención general como accidental⁷². En otras palabras, aparentemente, libera la medición de la pena de necesidades de prevención general y la circunscribe a la compensación de la culpabilidad por el hecho. Sin embargo, en su argumentación, por un lado sostiene que con el injusto se da una lesión de un bien jurídico y, por otro lado, a su vez, piensa que se produce una perturbación o trastorno de la paz jurídica⁷³. Nótese: así pasa Köhler a una fundamentación de prevención general positiva, sobre la base de una pena retributiva. Pero este doblete lo sindicó para permitir una agravación por razones preventivo generales, en tanto la repetición acumulativa notable del mismo tipo de delitos en el período en que el autor cometiera el suyo, agravaría la cantidad de pena⁷⁴, porque el grado concreto de estabilidad de validez de la comunidad jurídica se hallaba más sensible a la vulneración de la norma por el autor, debido, justamente, al cúmulo de otras violaciones similares respecto de dicha norma.

⁷² KÖHLER: *Übre die Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, p. 47 y ss.

⁷³ *Ibid.*, p. 49.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 54.

Con ello, en resumen, este autor, pasa a conformar su teoría de manera funcional y sistémica, de manera cercana a algunos puntos básicos sostenidos por Jakobs.

VIII. Teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad

Zaffaroni, con la teoría de la culpabilidad por la vulnerabilidad propicia una reducción y contención de la medida de pena para la persona que encuadra en una imagen generalizada y negativa que es el estereotipo del criminal⁷⁵. Esta afirmación la sustenta en que tal persona, parte en su accionar de una mayor exposición o selectividad respecto del sistema penal. Así la medida de la pena deberá tener en cuenta el esfuerzo que hizo dicha persona a partir de ese estado de vulnerabilidad para alcanzar la situación concreta. Por el otro lado, propicia que esta reducción y contención no se tenga en cuenta para la persona que encuadra en tipicidades sociales positivas y que incluso desempeñan roles de poder significativos, es decir para quienes parten de un escaso estado de vulnerabilidad⁷⁶. Es decir, a cada cual, según su posición y estereotipo, se le merituará el punto de vulnerabilidad desde el cual partió y se medirá qué tanto esfuerzo hizo para ser captado por el sistema penal. Es un modelo sociológico, donde la culpabilidad está presumida a partir de la posición social del autor. Se va desde lo objetivo hacia una atribución de lo subjetivo.

El planteamiento es coherente con la idea de la irracionalidad de la pena (teoría negativa de la pena) montada a caballo de la selectividad de los marginados y de la teoría del conflicto. Aunque parezca desconcertante, Zaffaroni se aparta aquí en alguna medida de la culpabilidad de acto, pero no para pasar a una culpabilidad de autor (objeción ésta salvada por Zaffaroni⁷⁷), sino que invierte la distribución de selectividad de la

⁷⁵ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto III., 1.

⁷⁶ *Ibíd.*, § 67, Punto III., 3.

⁷⁷ *Ibíd.*, § 67, Punto III., 7.

criminalización secundaria, por medio de la culpabilidad por la vulnerabilidad, y se distribuye la medida de la pena compensando las desigualdades sociales. Hay una especie de reemplazo de la culpabilidad por el acto por una culpabilidad por la posición social del autor. Las desigualdades socioeconómicas las intenta compensar, en el contexto del sistema punitivo, mediante la culpabilidad por la vulnerabilidad. No busca una culpabilidad en la cabeza del autor, sino externa a éste, se la atribuye según su ubicación social, apartándose de la culpabilidad tradicionalmente entendida.

A los más pobres y marginados que además reflejen el estereotipo negativo les asigna un punto de arranque de culpabilidad mínima, ya que no tendrían culpa (o ésta en principio sería muy escasa) de ser buscados por el sistema represivo, y a los más ricos y poderosos, socialmente reconocidos como estereotipos positivos, les atribuye una culpabilidad importante de inicio, porque presupone que hicieron mucho para ser captados por el sistema represivo. Su teoría parte de presupuestos, sería un derecho penal por segmento social, según creo entender.

§ 3. El punto de ingreso

I. La teoría de la escala de gravedad continua

Dreher sostiene que el marco penal constituye una escala de gravedad continua, desde el caso más leve hasta el más grave⁷⁸. Se trata de una explicación razonable para la función de los marcos mínimo y máximo de los tipos penales que establecen penas relativas, y por ello perfectamente compatible con nuestra legislación penal fondal. La prohibición refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema normativo; ello permite de modo racional establecer comparaciones sobre el valor que se les da a los diferentes bienes jurídicos y a las maneras de agredirlos y lesionarlos. En tal sentido, las magnitudes de pena que se le asignan a la prohibición, entre el mínimo y el máximo, representan el grado del valor social protegido con la norma. Mas de tales nociones se derivan consecuencias trascendentes si se quiere conseguir coherencia, puesto que los jueces deberán explicar en cada caso por qué sitúan el monto de pena en determinado punto, y exigirá esta teoría de ser admitida, cosa que parece sostenible, que los juzgadores efectúen permanentemente un ejercicio de comparación entre casos posibles y el caso concreto.

Parece lógico que el juez tenga en cuenta si en un caso de robo en que actuaron dos coautores se agrave la pena con respecto al caso posible de un solo autor, o en el caso de un robo con arma de fuego se agrave la pena si se efectuó con un calibre 32 en comparación con un caso posible de utilización de un calibre 22. Cabe aclarar que no se está proponiendo un modelo matemático⁷⁹, pero sí debe haber pautas que permitan establecer montos punitivos con relación explícita a elementos observables y mensurables. Quien usa una navaja pequeña con relación a quien usa una cuchilla de gran tamaño, parece un aspecto a tener en cuenta desde lo objetivo para graduar pena de diferente modo. Quien

⁷⁸ Citado por ZIFFER: *Lineamientos para la determinación de la pena*, p. 37.

⁷⁹ PARMA: *Código Penal de la Nación Argentina Comentado*, T. 1, p. 168/169.

apoya la navaja en el cuello de la víctima con relación a quien exhibe o esgrime igual navaja sin tomar contacto con el cuerpo de la víctima, resulta un elemento objetivo que debe reflejarse en el monto de la pena, y que deviene justificado. Reconocer validez a la escala de la gravedad continua permite adherir a una tesis que sostiene que no existe impedimento por doble valoración en los casos en que, por ejemplo, el uso del arma ya constituye un delito calificado: que el uso de un arma de fuego -apta para el disparo- haga calificar el delito en el art. 166 inc. 2° párrafo segundo CP, no implica que sobre la base de los arts. 40 y 41 no se pueda considerar la magnitud de pena correspondiente sobre la base del diferente calibre utilizado. De igual modo en comportamientos negligentes que sean considerados para dar tipicidad al hecho en un tipo culposos, no implica que no se pueda valorar la magnitud del apartamiento de lo debido para graduar la pena o que se compare el grado de negligencia en el caso concreto con otros casos posibles de negligencia que tipifican los comportamientos en el mismo tipo penal⁸⁰.

El juez puede, con tal pensamiento, ubicar cada caso dentro del segmento correcto de la escala penal. A lo largo de la escala penal se situarán casos de distinta gravedad, desde el más leve normalmente posible hasta el más grave posible. El juez deberá efectuar un ejercicio de comparación entre el caso que juzga y los otros posibles para poder establecer qué características del caso que analiza deben ser consideradas como agravantes, que la separen del tope mínimo, y asimismo cuáles son atenuantes que tiendan a compensar cualquier agravación. Esta noción se revela, de algún modo (siempre limitado) contra la de discrecionalidad, y por ello es un acierto.

Con relación a la idea de Dreher, dice Ziffer⁸¹ que se pretende solucionar el problema de cuál es el *punto de ingreso*. La idea de la escala de gravedad continua, es una idea útil y con base en ella es factible elaborar

⁸⁰ ELHART: "La conducción de vehículos automotores en estado de ebriedad en el delito de lesiones culposas: su evaluación como agravante en la teoría de la medición de la pena", Buenos Aires, El Derecho Penal, editorial El Derecho, nro. 11, nov. 2006, p.58.

⁸¹ ZIFFER: *Lineamientos para la determinación de la pena*, p. 37.

una noción del punto de ingreso. Ahora bien, la idea que explica una función de los marcos mínimo y máximo para delimitar dentro si los casos menos graves que corresponderán al marco mínimo, los casos más graves que corresponderán al marco máximo, y los casos medios que corresponderán al punto medio de la escala de gravedad, debe ser entendida dentro de las normas de derecho positivo que regulan la individualización de la pena, y, de tal modo, determinarse si el punto de ingreso es por el mínimo, por el medio, por el máximo, o directamente por el punto que el juez estime por comparación con otros casos que corresponde al examinado. Estimo que para el derecho argentino, el punto de ingreso debe ser por el mínimo de la escala penal, cuestión que explicitaré en el ítem *Punto de ingreso*, más adelante.

II. Críticas a la teoría de la escala de gravedad

La primera crítica que se le formula a esta teoría consiste en que a fin de cuentas la concreción última será eminentemente valorativa, o como dice Dreher, al juez le corresponde “hacer el trabajo fino”⁸². A ello cabe responder, si la preocupación es la discrecionalidad, que hay espacios que nunca podrán ser rellenados con previsiones normativas. Luego, que en efecto, obviamente la concreción final será eminentemente valorativa, y es justamente esa valoración la que se exige que sea expresada por el juez. Y es el proceso valorativo el que debe ser expuesto por los jueces para que la defensa e imputado puedan saber por qué se fija determinado punto de pena y no otro. La exactitud en días no será posible fundamentarla; quiero decir que el hecho de que un juez condene por cinco años y un día a que condene por cinco años y dos días no parece posible sustentarse. Pero si el juez fundamenta los montos que asigna por cada agravante, puede alcanzar un monto que evita en la manera posible la discrecionalidad y da sustento a la conclusión.

⁸² ZIFFER: *Lineamiento para la determinación de la pena*, p. 38.

La segunda crítica que se le formula (Horn) a esta teoría, consiste en que no da respuesta suficiente a que el aumento de sufrimiento no se puede corresponder proporcionalmente al aumento de pena. Se ha dicho que no es lo mismo dos años de prisión simplemente que el doble de un año⁸³. Aquí estimo hay un ataque desde uno de los fines o consecuencia de la pena, pretendiéndose confundir -de modo insuficiente, arbitrario y oblicuo- haciéndose valer de modo absoluto determinado fin o consecuencia de la pena, sobre el proceso de fijación del monto punitivo. En rigor, nadie discute que la pena sea un mal, pero tampoco nadie sostiene -hoy día- que el fin de la pena sea causar un mal o que se agote en tal cuestión, sino que las finalidades son otras (trascienden) que la de causar sufrimiento, por eso es que si una condena a dos años representa para los infractores (abstrayéndonos ahora de la individualidad de cada persona, es decir, infractores a modo general y abstracto) más que el doble de una condena a un año, ello no tiene relevancia para el sistema de medición de la pena desde la perspectiva de las funciones o finalidades de la pena admitidos. Además, y previo a tal consideración, tal observación parte de un presupuesto no demostrado: y es que para el infractor dos años de prisión representaría un dolor mayor al doble de un año.

En tercer lugar, Timpe ha puesto en duda que el marco penal prevé el caso más leve y el caso más grave concebibles⁸⁴, porque dice que no es fácil imaginar un caso al que no pueda agregársele ningún otro aditamento que lo agrave. A ello cabe replicar que no parece necesario que al manejar esta teoría, que encaja en la interpretación de la ley nacional para fijar pena en las sanciones relativas, sea insoslayable llegar a concluir que un caso sea el más grave imaginable; basta con establecer que el caso por sus características se sitúa en la franja de los más graves concebibles y, lógicamente, de ser evidente que pueden obrar características o circunstancias que claramente y dentro del marco de posibilidades de la realidad pueda agravar la situación, debe ello tenerse en cuenta para apartar el supuesto del tope máximo. De cualquier manera, la dificultad que pudiera detectarse para verificar casos que

⁸³ *Ibíd.* p. 39, citando a Horn.

⁸⁴ *Ibíd.*

representen exactamente el de mayor gravedad, no implica descalificar la utilidad y congruencia de esta teoría ni su compatibilidad plena con la ley argentina.

III. El punto de ingreso

Para una teoría agnóstica, como la de Zaffaroni⁸⁵, de corte sociológico imbricado en una teoría del conflicto, basada incluso en la separación de estratos sociales y estereotipos sociales, la pena al menos para los hombres de estereotipo negativo (pobres, marginados, vulnerables) coherentemente se establecería desde el mínimo⁸⁶ y elaborándose asimismo las proposiciones dogmáticas que tiendan a mantener la punibilidad arrinconada contra tal tope legal; y aun se intentará quebrantar dicho piso dispuesto por ley por mermas de culpabilidad por la vulnerabilidad. Para una teoría funcionalista de la unión, como la de Roxin⁸⁷, en la cual el principio de culpabilidad cumple, aunque con cierta dilatación, una limitación del monto del castigo⁸⁸, el punto de ingreso podría estar dado tanto por el mínimo como por el medio, mas lo importante sería que se establezca un espacio de marcos punitivos, calculados entre el mínimo y el máximo legal, brindado por la culpabilidad^{89 90}; y dentro de estos límites algo difusos (marco de la culpabilidad relativizado) obrarían las necesidades preventivas, pudiendo rebajarse el mínimo de pena estipulado por la culpabilidad por razones de prevención especial y siempre que lo permita la prevención general

⁸⁵ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 5.

⁸⁶ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 64, Punto II., 5.

⁸⁷ ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, p. 95/103.

⁸⁸ ROXIN: *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 112/113.

⁸⁹ También, la flexibilidad del sistema de Roxin, permitiría deducir de su teoría que el punto de ingreso, en vez de serlo el marco de pena derivado de la culpabilidad, pudiera directamente extraerse del que surja de necesidades preventivas generales y especiales, limitadas por el principio de culpabilidad.

⁹⁰ ROXIN: *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, p. 116.

positiva⁹¹. Luego, para quienes como Maurach, Gössel y Zipf⁹² otorgan mayor precisión y firmeza a la culpabilidad para la medición de la pena, el punto de ingreso podría también estar dado tanto por el mínimo como por el medio, pero lo importante para estos sería conseguir dentro de la escala penal un marco de pena según la culpabilidad, con pretensiones de acotamiento y certidumbre.

El punto de ingreso en derecho positivo argentino, siempre con relación a las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, donde el monto se debe calcular conforme el art. 40 CP de acuerdo a circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. 41 CP, entiendo *sólo* puede hacerse por el mínimo de la escala penal respectiva. Nótese: si en un caso no hubiera agravantes ni atenuantes, cómo podría imaginarse un punto de ingreso por el medio o por el máximo de la escala pena, si por ende tal punto quedaría incólume en dicho lugar de ingreso, con lo cual se aplicaría en los supuestos en que no se evalúen agravantes ni atenuantes la pena media o la máxima, según se ingrese por el medio por el máximo. Es obvio que ello es inadmisibles ya que irracionalmente se obraría en perjuicio del imputado y en sentido distinto al que lógicamente surge de la escala de gravedad continua.

Si se sostiene que los marcos mínimo y máximo de la escala sólo representan puntos referidos a montos punitivos dentro de los cuales el juez puede más o menos situar el caso con libertad, alto grado de discrecionalidad es posible en lo referido a individualización judicial de la pena. Más o menos así lo ha sostenido importante jurisprudencia⁹³ al expresar que “A diferencia de lo que sucedía con nuestros antecedentes legislativos - Código Tejedor, Código de 1886, ley 4189 de 1903- y con los diversos proyectos anteriores al del año 1917- Proyectos de 1881, 1891,

⁹¹ ROXIN: *Culpabilidad y Prevención en Derecho penal*, p. 104.

⁹² MAURACH - GÖSSEL – ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., p. 694.

⁹³ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, Fecha: 18/10/2001, Partes: Damario, Emilio Gustavo y Lezcano, Roberto Miguel s/recurso de casación. Magistrados: Celesia, Hortel, Manzini. Voto: Celesia. Sin disidencia Penal B3285202 – 3965 - Lexis Nº 14/80981.

1906 y 1916-, que prescribían la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que no concurriesen atenuantes ni agravantes, debiendo aumentarse o disminuirse según la presencia de una u otras; en el actual código de fondo no se prevé criterio formal alguno en ese sentido, permitiendo al juzgador la elección de la sanción que considere mas adecuada y justa para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados”.

Pero si se acepta la noción de la escala de gravedad continua, las implicancias son otras. Una de ellas es que el punto de ingreso debe efectuarse por el mínimo y luego apreciarse detenidamente todas aquellas circunstancias que puedan obrar como agravantes y todas aquellas que puedan obran como atenuantes, tomando como punto de comparación el caso de mínima gravedad normalmente posible. Es evidente que aunque no haya una norma de derecho positivo que establezca cuál es el punto de ingreso, es obligatorio efectuar interpretaciones sistemáticas y dotar de un sentido racional a la decisión sobre esta cuestión. En otras palabras: que no exista una norma de derecho positivo explícita no significa que se pueda ingresar por donde plazca.

Podría sostenerse que si se ingresa por el medio de la escala penal, se computarían como atenuantes todos los correspondientes a una comparación respecto del caso imaginario que responda al medio de la escala penal y como agravantes todas las circunstancias que superen las detalladas para el caso imaginario medio. Pero no veo que esto sea garantía para el imputado de que se evalúe correctamente su situación, ya que de inicio, en abstracto, se lo sitúa desfavorablemente (porque se supondría que su caso es de mediana gravedad, suposición que no tiene razón de ser, ya que de suponerse algo debe suponerse que es el caso de menor gravedad) y debería esperar (o rogar) a que se efectúen los cómputos disminuyentes que de acuerdo a su caso deberían aplicarse. En cambio si se parte del mínimo se brinda una garantía por lo menos inicial de contención frente al manejo de la punición, restándose posibilidades de arbitrariedad, por lo menos en teoría, porque para apartar el monto del mínimo deberá justificarse -explícitamente- dicha ecuación.

Se obliga así al juzgador a especificar y demostrar por qué se eleva una pena por arriba del monto mínimo, mientras que si se parte del medio ya se concede un margen de sanción sin justificación a priori, lo cual es un error de razonamiento de quienes sostienen que se puede ingresar por el medio en abstracto y de modo generalizable. Es cierto que ingresando por el medio se brinda discrecionalidad al juzgador.

El modelo para efectuar la calibración de la pena surge de la idea de que ésta se construye desde un mínimo adosando o restando fragmentos de pena según agravantes o atenuantes que se computen. Y esto conduce a que los jueces deban elaborar una detenida y detallada discriminación de lo que deba considerarse agravante y atenuante y de las magnitudes de pena que corresponde atribuir a cada uno de ellos, siempre con relación o en comparación con el caso más leve. De aquí que, en la sentencia no sólo deba enumerarse los agravantes y atenuantes, sino que deba explícitamente asignárseles una cantidad de pena que incremente o disminuya. Para el imputado y defensa no alcanza con que se les diga cuáles son las atenuantes y cuáles las agravantes y un resultado final, sino que es insoslayable que se especifique qué valor se les asigna a cada una de aquellas.

Se ha sostenido (voto del Dr. Natiello) que “en lo que respecta a la individualización de la pena mi posición es coincidente con la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia, que ha descartado expresamente la obligación de partir siempre del mínimo legal de la escala penal. Ha sostenido, que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni la transgresión de los arts. 40 y 41 CP (conf. P.56481, sent. del 27/2/1996 y P.38661, sent. del 6/2/1990), como asimismo, que no existe punto de ingreso a la escala penal (conf. P.79708, sent. del 18/6/2003)” (Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, 27/02/2007, partes: Chaile, Luis A.),

Pues, justamente, aquí vengo a sostener lo contrario de lo expresado por el respetable voto referido y además en un sentido opuesto a la jurisprudencia que se cita en su apoyo. La posición sostenida por tal

jurisprudencia se corresponde con la postura de la discrecionalidad de la individualización de la pena tradicionalmente sostenida por la judicatura y que se contrapone con la admisión de la teoría de la escala de gravedad continua aquí apuntada y sus implicancias. Decir que el punto de ingreso no es necesariamente por el mínimo, equivale a decir que el punto de ingreso puede llevarse a cabo por otros puntos, o sea, se deja librada la cuestión a un arbitrio sin reglas, a la discrecionalidad, sobre un punto medular para el imputado y para su derecho a defensa. Y el art. 40 CP como norma de derecho positivo permite una interpretación sistemática racional: desde el mínimo se graduará el monto de la condena conforme atenuantes y agravantes, expresándose con qué monto incide cada agravante y en qué magnitud cada atenuante (exigencia de fundamentación). Salvo que se demuestre lo contrario, parece coherente afirmar que representa una situación más perjudicial para el imputado que se arranque la evaluación del monto de su pena desde el mínimo, a que se inicie desde un punto superior al mismo. Por ende, el art. 40 debe ser explicado por quienes piensan que existe libertad para el punto de ingreso, de algún modo que encaje en dicho perfil interpretativo. Y si se sostiene que no hay pauta legal en derecho positivo argentino referida al punto de ingreso (cosa que no es cierto, porque del art. 40 surge indefectiblemente la noción de un punto de ingreso; lo que no hace es informar por dónde debe hacerse ese punto de ingreso), entonces deberá aplicarse las reglas de la lógica y la racionalidad, a fin de hallar una explicación que además sea respetuosa de los principios generales del derecho penal y de los principios de los derechos humanos. Lejos de una interpretación *pro homine* se halla la que se aparta de la escala de gravedad continua y de un punto de ingreso por el mínimo. Lo que no se puede hacer, es concluir (decisionismo) en que no habiendo norma de derecho positivo que regule explícitamente el asunto del punto de ingreso, entonces tal entrada se puede hacer por cualquier punto, cosa rechazada aquí.

No cabe entrar ahora a sostener que de tal forma se vulnera una garantía de orden constitucional. Sobre este tópico, no podía ser de otro modo, aunándose con las posiciones sostenedoras de la discrecionalidad, se ha dicho que “La determinación del punto de ingreso a la escala penal por el

cual se comienza a medir la pena, no involucra regla constitucional alguna, sino que se trata de una cuestión de derecho común (art. 75 inc. 12 CN.), cuya interpretación no incumbe por sí sola al tribunal. (Del voto de los Dres. Lozano, Conde, Casas; Expediente: 3562/04; Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 22/09/2005) y además que “Respecto de la determinación del punto de la escala penal por el cual se comienza a medir la pena, la defensa no ha logrado articular una cuestión de índole constitucional. En efecto ni la Constitución ni la ley dicen nada al respecto, y lo cierto es que ambas instancias han valorado las circunstancias de hecho de acuerdo al art. 41 CPen., cuya inconstitucionalidad no se ha planteado (Del voto de la Dra. Ruiz; Magistrados: Maier, Casás, Conde, Lozano, Ruiz; Expediente: 3562/04; Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos).

Pero sin duda que la determinación sobre el punto de ingreso afecta un legítimo interés del inculpado, porque no parece lo mismo que se ingrese por el mínimo a que se ingrese por el medio de la escala. En sentido distinto al aquí sostenido, la Dra. Etcheverry (fallo del Tribunal Crim. San Isidro, n. 6, fecha: 11/07/2007, partes: Carrascosa, Carlos A.) ha expresado que “Conforme fuera resuelta la cuestión que antecede y en atención a lo expuesto en los ítems pertinentes del desarrollo del veredicto, tomando como base mensurativa las pautas establecidas normativamente por los arts. 40 y 41 CPen. y teniendo en cuenta el temperamento jurisprudencial establecido por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo: "Tablado, Fabián s/homicidio", del 27/6/2000, que en lo que ahora interesa destacar, posibilitó la necesidad de que a partir del punto medio de la penalidad amenazada, comiencen a operar las atenuantes y agravantes, en una y otra dirección de la escala sancionatoria, de forma tal que ninguna diminuyente y/o severizante tenga el mismo peso relativo, dependiendo su incidencia en la escala correspondiente "de las circunstancias del caso" - conforme lo reseña el art. 171 Const. Bs. As.-, propicio que se condene a Carlos A. Carrascosa, a la pena de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden al ilícito enrostrado y ya significado jurídicamente por entenderla adecuada al caso. Si bien es cierto que la ley penal vigente no establece una regla "general" u "ordinaria" -como antaño

se denominara- a partir de la cual se deba componer concretamente el monto sancionatorio a imponer -tal y como positivamente la contenía el Código de 1886 (ley 1920) en su art. 52 y la Ley de Reformas 4189, de 1903, en su art. 6, que específicamente reglamentaba el término medio entre el mínimo y el máximo de la escala penal del tipo correspondiente, hito éste que los jueces podían abreviar o prolongar con arreglo a las circunstancias atenuantes o agravantes del caso específico-, considero que aquella metodología de selección se presenta en la actualidad como la más justa desde que suministra un parámetro de fijación equidistante, estableciendo así un punto de ingreso certero para la libre y racional dosificación sancionatoria”.

Es lamentable que se aplique sin fundamentación suficiente un punto de ingreso en el medio, trayendo a colación normas derogadas en perjuicio de los intereses del imputado, y apoyándose para tal decisión en la palabra “justo” sin explicación de a qué se refiere por justo, dado que la interpretación del significado de tal concepto ha acarreado según informa doctrina ciertos desacuerdos. Partir de un punto de ingreso en el medio implica inexorablemente atribuir de inicio una seria carga de agravantes. Sería como iniciar el examen de una caso a la luz de la teoría del delito por la antijuridicidad, para luego ver si hay cuestiones que eliminen la conducta y la tipicidad. Se parte de que la gravedad del caso es media y después de ver si corresponde la disminución hacia el mínimo. En este último sentido se ha sostenido que “Establecida la gravedad del ilícito en la escala penal amenazada, el legislador permite subjetivizar, "id est": adaptar la sanción atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que emergen del autor, de la víctima y de la sociedad en que la conducta se concreta. En un régimen republicano, esa graduación no puede ser irrazonable, como tampoco en un Estado de derecho quedar reservada al sentir de cada intérprete. De ahí que el Código Penal argentino haya establecido en sus arts. 40 y 41 algunos elementos básicos para que la tarea no anide en el puro arbitrio judicial. A partir de tales datos y frente al caso penal, al operar atenuantes de la pena se

acercaría al mínimo de la escala sancionatoria, mientras que incidiendo agravantes se arrimaría al máximo amenazado”⁹⁴.

Las reglas de la medición de la pena no pueden escapar a las exigencias de racionalidad, taxatividad y fundamentación previas a la agravación de la situación de la persona sometida a proceso. Con el ingreso por el medio se agrava la situación del imputado sin explicación concreta referida al caso en examen, sino por una ficción apoyada en una noción de justicia, increíblemente referida a que el punto medio es justo para iniciar el análisis sobre la medida de la pena. Por último resulta inadmisibles que se hable de un punto equidistante para de alguna manera implícita vincular la decisión al concepto de justo punto medio; razonamiento ingenuo. La simetría de la noción de punto de ingreso por el medio es contraria a principios de imputación en derecho penal. La asimetría que presenta el punto de ingreso por el mínimo es la posición correcta, ya que arranca la agravación desde lo que se tiene comprobado hasta el momento de efectuar la confección del monto de pena, esto es que el individuo es culpable de un hecho cuyo encuadre corresponde a determinado tipo penal, el cual en su escala inicia desde tal grado mínimo de pena.

⁹⁴ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación, Lexis Nº 14/102235. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

§ 4. El artículo 40 del CP

El art 40 del CP establece que en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, se fijará la pena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. 41 CP. Luego, el art. 41 CP establece que a los efectos del art. 40 se tendrán en cuenta una serie de reglas (o pautas) objetivas y subjetivas que se interrelacionan. El problema se encuentra en que de la lectura de las reglas del art. 41, surge claro que ellas constituyen asimismo circunstancias (que, según el caso, pueden ser atenuantes o agravantes). Entonces se plantea si (a) el art. 40 se remite absolutamente al art. 41, quedando aquél vacío de contenido, o si (b) las circunstancias atenuantes o agravantes a que el art. 40 hace referencia (que son las del caso concreto), pueden no estar comprendidas completamente en las que enumera el art. 41; con lo cual, en este último supuesto, las circunstancias que menta el art. 41 serían solamente ejemplificativas, perviviendo, en consecuencia, las del art. 40 implícita e indeterminadamente.

La redacción en lo que respecta al enlace entre estas dos normas dista de ser perfecta. Mas la expresión (del art. 40 CP) “y de conformidad a las reglas del artículo siguiente” (en tanto las reglas del art. 41, además, constituyen circunstancias a tener en cuenta) cabe ser entendida como un añadido que agregue un concepto independiente al de “circunstancias atenuantes o agravantes” de la primera parte del art. 40, o sea, no como una remisión plena (al artículo siguiente) que le otorga forma y contenidos definidos.

La cuestión indicada -en general- ha sido pasada por alto en la doctrina y no se han derivado de ella mayores problemas prácticos. Righi, directamente refiere a las normas para la graduación de pena sin distinciones con respecto al problema mencionado⁹⁵. Creus dice que la primera regla del art. 40 no parece más que una reafirmación de la tipicidad de la pena, mientras que la segunda remite al art. 41 CP, que es el que determina las pautas de apreciación, unas relacionadas

⁹⁵ RIGHI - FERNÁNDEZ: *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, p. 511.

estrictamente con el hecho y otras con la persona y circunstancias en que actuó el autor⁹⁶. Ziffer expresa que para determinar la pena dentro del marco penal se deben tomar en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes particulares de cada caso (art. 40 CP) y valorarlas de acuerdo con las pautas enunciadas por el art. 41 CP⁹⁷. Soler, tampoco focaliza el asunto, sino que extrae del art. 40 la conclusión de que no sería correcto afirmar que el sistema seguido por la ley es estrictamente subjetivista y basado en la peligrosidad, dado que el art. 40 dispone que la pena se gradúa de acuerdo con las circunstancias particulares a cada caso, que agravan o atenúan y conforme a las reglas del art. 41. Es decir, que pese al contenido amplio del art. 41, que refiere a algo más que reglas, distingue entre circunstancias particulares de cada caso (como algo objetivo) y las reglas del art. 41 (de las que surge, al menos, un aspecto claramente subjetivo)⁹⁸. Gómez no observa problema alguno entre el enlace del art. 40 con el siguiente⁹⁹.

González Roura, como es usual en él, extrae una conclusión puntual¹⁰⁰: atento a que el art. 40 refiere en forma amplia a circunstancias atenuantes o agravantes, entiende que tal extensión es la que cuenta y que el art. 41 CP obraría sólo de modo ilustrativo. Creo, según ya lo he expuesto en numerales anteriores, que esa es la posición correcta. Por último, de modo distinto al que he estimado acertado, Zaffaroni dice que el art. 40 queda vacío de contenido¹⁰¹, al remitirse plenamente a las pautas del art. 41. Nótese que estos dos autores prácticamente sostienen tesis opuestas: para González Roura el art. 41 queda vacío de contenido (porque sus reglas o pautas serían meramente ilustrativas), mientras que según Zaffaroni las pautas del art. 40 se reducen completamente a las del art.

⁹⁶ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 422.

⁹⁷ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 115.

⁹⁸ SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. II, p. 474.

⁹⁹ GÓMEZ: *Tratado de Derecho Penal*, T. I., p. 608.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ ROURA: *Derecho Penal. Parte General*, T. II, p. 90/91.

¹⁰¹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 66, Punto II., 1.

41. Implícitamente, respetable jurisprudencia¹⁰² ha adherido a la interpretación que he estimado incorrecta al sostenerse que “Habilita el control casatorio por inobservancia de la ley sustantiva -art. 456 inc. 1 CPPN.- la sentencia que atribuye como circunstancia agravante al condenado que estuviera cumpliendo un período de prueba, en virtud de haber sido beneficiado en otra causa -art. 76 bis CPen.-, pues al no estar contemplada en el art. 41 CPen. implica un ejercicio discrecional que excede los límites impuestos por la norma penal”. Pero por el otro lado, se ha sostenido, de modo bastante generalizado, la aceptación de que las pautas del art. 41 CP son meramente enunciativas, lo cual brinda una posibilidad de encaje en el art. 40 de estas otras situaciones que no encuadren en ninguna de las circunstancias del art. 41 CP. En este último sentido, se sostuvo que “La enumeración contenida en el art. 41 del CP es sólo enunciativa y no taxativa, pues cuando el artículo indica que podrán ser computados “...los demás antecedentes penales y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren mayor o menor peligrosidad...”, admite la existencia de un espectro tan amplio de circunstancias que podrían incidir en la determinación de la pena, aumentándola o disminuyéndola, que sería imposible enumerarlas individualmente en la mentada disposición”¹⁰³.

Aquí, en un intento de agregar algo a la cuestión, que advierto no irrelevante, veo que del art. 40 surge algo más que el mencionado problema de si los atenuantes y agravantes son los del caso concreto y que las reglas del art. 41 son meramente ejemplificativas (posición que he visto correcta, siguiente al maestro González Roura). A fin de tratar de conseguir un método más o menos serio, del texto del art. 40 se desprende, claramente, que desde un punto, esto es, a partir de un monto de punición, operan atenuantes y agravantes, y, si ello es correcto, entonces ya la ley argentina estaría indicando que existe un punto de

¹⁰² Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, Fecha: 12/06/2002, Partes: Rodríguez, Néstor F. y otro - Lexis N° 1/505858.

¹⁰³ Trib. Casación Bs. As., ver Lexis N° 14/130501. Magistrados: Celesia, Hortel, Mancini. Sin Disidencia. Voto: CELESIA. Tipo: Definitiva. Expediente: 8024.

ingreso a la escala penal (sin especificar cuál es ese punto: medio, mínimo) y desde el cual el juez debe graduar pena, como indiqué, teniendo en cuenta tales agravantes y atenuantes. He propiciado mi postura, y los fundamentos que estimé correctos, para fijar ese punto de ingreso en el mínimo de la escala pena; pero ahora, en oportunidad de examinar el art. 40, hago notar la posibilidad interpretativa que he destacado, como un aspecto que, desde inicio obra para rechazar la postura que dice que el art. 41 deja vacío de contenido al art. 40. En efecto, ello así puesto que si el art. 40 efectivamente, instala un proceso para calibrar pena, que parte de un punto (que sólo podría ser dentro de la escala penal) y luego se modifica por agravantes y atenuantes, nunca dicha norma (art. 40) puede ser (digamos) suprimida, o vaciada del contenido, por el art. 41 CP porque este último, justamente, no hace referencia alguna a tal aspecto. En síntesis, concluyo en que el art. 40 instala conforme su texto una referencia explícita al punto de ingreso, esto es, que la ley argentina habla por ende de punto de ingreso, no resultando por ende una creación doctrinaria para sostener tal afirmación, el cual se modifica por atenuantes y agravantes.

§ 5. El inciso 1º del artículo 41 del CP

I. Problemática del encuadre de las circunstancias concretas del caso dentro de las pautas de los incisos 1º y 2º del art. 41, supuesto de imposibilidad de encuadre en tales pautas y la cuestión de la doble valoración.

No es discutible, como regla, que el inc. 1º del art. 41 CP refiere al grado de injusto¹⁰⁴, a cuestiones fundamentalmente objetivas, mientras que el

¹⁰⁴ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto I., 1.

inciso segundo trata tanto cuestiones objetivas (participación que haya tomado en el hecho) como subjetivas. Tanto la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla como la extensión del daño y del peligro causados¹⁰⁵, son elementos tomados para determinar la medida de gravedad del hecho cometido, estableciendo las características de dichos conceptos en su expresión concreta del hecho a fin de si deben operar como agravantes o como atenuantes en su comparación con los supuestos normales de mínima de gravedad. Se trata decididamente de aspectos objetivos del hecho, clase de acción, los medios con que se llevó a cabo, el resultado dañoso causado y el peligro concreto causado. Conforme el modelo o esquema que estimo surge de la ley argentina, para proceder al cálculo de medición de la pena, por ejemplo en el caso de robo simple, si actúan dos agentes activos deberá calibrarse como agravante tal pluralidad de actores, mientras que si actúa un solo agente, no se tratará de un atenuante ni tampoco de un agravante, sino que simplemente no podrá elevarse el monto de pena que permanecerá en el mínimo de la escala penal, al menos en lo que respecta a ese ítem (que encuadraría en el concepto medios empleados para cometerlo). Nótese que ello es consecuencia de que se parte en el esquema de trabajo desde el mínimo de la escala como punto de ingreso. En cambio, si se ingresara desde el medio de la escala penal, habría de considerar como atenuante el hecho de que el suceso lo cometió un solo agente, cosa que resulta ilógica. El esquema de trabajo de la ley argentina por ende cabe entenderlo como progresivo, a partir de un mínimo, y conforme la imputación sucesiva y fundamentada de aspectos que deben hallarse demostrados en su facticidad.

Los compartimientos correspondientes a cada uno de los conceptos enunciados en el art. 41 inc. 1° y 2°, no son absolutamente estancos, es decir, no hay una línea sobresaliente y clara entre lo que puede

¹⁰⁵ Se ha sostenido que “Las magnitudes de las infracciones jurídicas, o lo que es igual, la extensión del daño causado, incluido el grado de puesta en peligro de la propiedad en el conato de robo, son circunstancias que corresponde tener en cuenta pues así lo establece el art. 41 CPen.”. Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Magistrados: Borinsky, Mahiques, Celesia. Voto: Borinsky. Expediente: P 3814. Sin disidencia. Publicado: BA B3315172. Lexis N° 14/94496.

considerarse incluido en el concepto de naturaleza de la acción y lo que ya es naturaleza de los medios empleados, o entre lo que es naturaleza de la acción y lo que es modo, por ejemplo. Lógicamente, y esto es lo trascendente, si una circunstancia es incluida en un concepto no puede estarlo en el otro, porque vulnera el principio de doble valoración, es decir, se agravaría dos veces la punición por una misma circunstancia; ello con la salvedad de que se trate de un trecho de una circunstancia concreta que no ingresa en la valoración de uno de los conceptos y puede ser valorada diferenciadamente por ende en otro: robo con cuchillo de combate (medio empleado) que el infractor no sólo esgrimió sino colocó en la garganta de la víctima (naturaleza de la acción). Por tanto, si bien de la ley, y de las propuestas de interpretación y sistematización que se dan, surgen elementos que permiten una correcta distribución de los aspectos del hecho en los conceptos del art. 41, también es cierto que la separación entre lo que cae dentro de uno de los conceptos y lo que cae dentro de otro no es un asunto que resulte absolutamente incuestionable. De cualquier modo a los fines prácticos y aun desde presupuesto teóricos respetables es recomendable plasmar nociones sobre tales conceptos que operen como diferenciadores del encuadre que corresponda dar a cada circunstancia del caso concreto. Ahora bien, esta problemática, consistente en determinar en cuál concepto de los del inciso 1° o 2° del art. 41 se incluye una circunstancia fáctica determinada, se soluciona en tanto no conlleva a la invalidez el hecho de que se cuadre erróneamente en un concepto una circunstancia que resultaría correcto tipificar en otro, siempre y cuando dicha circunstancia en definitiva constituya agravante y sea explicada acabadamente su descripción y calibración.

Especial tratamiento merecen los supuestos de arbitrariedad en el encuadre, la cual estaría dada si por ejemplo se explica la circunstancia agravante en cuanto importante monto de la defraudación y se remite tal facticidad al concepto circunstancia de tiempo. En estos casos, estimo que no obstante el error de encuadre legal, si se halla la explicación clara y suficiente en cuanto a la facticidad de la agravante, no corresponde la invalidez. La invalidez podría tener viabilidad al menos: (i) si no se

explica en qué consiste concretamente la facticidad de la agravante¹⁰⁶, (ii) se explica pero no tiene acreditación en autos, (iii) lógicamente supuesto indebidos de doble valoración, (iv) si no se asigna un valor en montos de punición a cada agravante o atenuante (este último aspecto no es efectuado prácticamente en fallo alguno en nuestro país).

En el esquema que entiendo se desprende de la ley, en primer lugar debe intentarse dar encuadre a la circunstancia fáctica de que se trate en uno de los conceptos del art. 41 y en caso de imposibilidad debe expresarse si es una circunstancia particular del caso que no consigue cuadratura en ninguno de tales conceptos pero que por aplicación del art. 40 CP cabe ser aplicada igualmente en tanto es propia del caso concreto. Esta situación de imposibilidad de encuadre en alguno de los conceptos pautadores del art. 41 y su consecuente aplicación directa en virtud del art. 40 CP, debe ser indicada y explicada debidamente por el juzgador en

¹⁰⁶ Sobre nulificación por falta de fundamentación, con respecto a una situación más gravosa, acertadamente se indicó que “Carece de fundamentación la condena que basó la pena privativa de libertad del incuso en la escueta afirmación de no hallar eximentes ni atenuantes en el accionar del condenado, valorando como agravante sus condenas anteriores, sin atender a las circunstancias del ilícito y su gravedad en su caso; a la extensión del daño causado; a la personalidad moral del imputado y/o la mayor o menor peligrosidad social que representa; a su situación personal y familiar; a sus móviles para delinquir. Tal extrema simplificación reflexiva, ajena por entero a la ponderación de la culpabilidad concreta del agente, no puede justificar la medida de la sanción impuesta con el solo recurso de remitirse el sentenciante a las condenas anteriores que registra el condenado; viéndose afectado su derecho de defensa en un aspecto tan trascendente de la sentencia -la fijación de la sanción punitiva- como el juicio mismo de reproche con el cual se consustancia. Va de suyo, entonces, que esa ausencia de fundamentación torna parcialmente nulo el fallo con sustento en la doctrina de la arbitrariedad; que, exige que toda decisión sea racionalmente motivada y constituya derivación del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa” (Voto de la Dra. Berraz de Vidal, adhiere el Dr. Hornos, la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia en disidencia). Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª. Fecha: 11/03/2004. Partes: Galarza, Crisanto Baudilio s/recurso de casación. Lexis N° 22/7612. Magistrados: Hornos, Capolupo de Durañona y Vedia, Berraz de Vidal. Número: 4099. Expediente: 55534.

el caso concreto. No obstante, en casos en que no se efectúe tal explicitación relativa al encuadre legal, si el juzgador dio razones acabadas y detalladas sobre la facticidad que estima agrava, y se halle probada su ocurrencia, y expresó el monto de sanción penal que atribuye a tal agravante no corresponde invalidez.

Sentadas tales consideraciones, paso a considerar las nociones conceptuales de cada pauta del inc. 1° y además a individualizar aquellos aspectos y circunstancias fácticas que estimo deben encuadrarse en cada uno de aquellos. Lo propio haré luego con los conceptos del inc. 2°.

II. La naturaleza de la acción

(1) Por naturaleza de la acción cabe entender que se refiere a la calidad o propiedad de la acción, es decir, a las cualidades o atributos esenciales de la acción. En otras palabras puede entenderse que el concepto se dirige a la manera de ser de la acción. Y en cuanto a la acción, no se circunscribe insoslayablemente a la acción típica sino que aunque tenga como eje a ésta se amplía a todas las expresiones conductuales que se vinculan con el comportamiento típico. Ahora bien, advierte De La Rúa que la circunstancia en estudio no es de fácil determinación¹⁰⁷. Este autor propicia que se distinga entre el tipo de acción genérica de la figura (matar, dañar), y el tipo concreto que aquel comprende (ahogar, quemar). A este último tipo corresponde la circunstancia en estudio, indica. Y completa la sistematización, dejando en el inc. 2° en cuanto al “modo” la particular forma de desenvolver ese tipo concreto de acción (ahogar lentamente, quemar eligiendo lo más valioso). Nótese que se trata de maneras de ser de la acción que van desde una generalización hacia su comprensión en detalle: matar (tipo penal), matar ahogando (tipo de naturaleza de la acción), matar ahogando lentamente (modo). Cabe puntualizar que este modo “lentamente” de matar ahogando, corresponde a un aspecto que acredita una peligrosidad mayor en el hecho, ya que las circunstancias de tiempo, modo y ocasión se vinculan con la peligrosidad,

¹⁰⁷ DE LA RÚA: *Código Penal Argentino*, p. 701.

de allí que la afirmación de que el ítem lentamente se cuadra en el modo, ello sólo puede ser a los efectos de una demostración de la peligrosidad exhibida en el hecho juzgado. La secuencia propuesta es razonable, sin perjuicio de que la misma funcione como una noción indicadora, y de que las diferencias o incluso errores en las cuadraturas que se conceda a cada circunstancia del caso concreto dentro de las pautas de los incisos 1° y 2° no conlleven la invalidez, siempre que constituyan a fin de cuentas aspectos agravatorios o atenuantes y se encuentren debidamente comprobados y fundamentados en su incidencia y, lógicamente, no se valoren más de una vez.

(2) La tenacidad o debilidad de la voluntad¹⁰⁸: el autor que pese a las resistencias opuestas por la víctima insiste para conseguir el desapoderamiento en el robo, el acceso carnal en el abuso sexual. En la debilidad de la manifestación o exteriorización del requerimiento por parte del caco, por ejemplo, en la intimidación del robo o en la fuerza utilizada, puede llegar a obrar como atenuante. En efecto, requerimientos de entrega de las pertenencias ajenas mediante una exigencia escasamente convincente pueden operar en su caso como atenuante que debe compensar -en su caso- otras circunstancias agravantes, o bien para merituar la condicionalidad de la pena o la conveniencia de la suspensión del proceso a prueba.

(3) El planeamiento sofisticado y elaborado por parte del autor, estimo que intensifica, pese a que su momento de partida -planeamiento- podría ser considerado como aspecto predelictual. En efecto, igualmente puede ser considerado como agravante porque en definitiva su materialización se verifica en el hecho típico atribuido.

(4) Es difícil determinar si el ocultamiento de la acción o del resultado por el autor puede implicar intensificación de pena, por ejemplo quien mata y entierra el cadáver de la víctima para esconder el cuerpo del delito. Puede computarse como sofisticación en la naturaleza de la acción, que conforma un hecho con aristas más gravosas en comparación con quien mata y simplemente huye. Cabe precisar que ya estaríamos ante un tramo

¹⁰⁸ Así, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 802

de conducta extratípica. Lo extratípico puede ser admitido en la graduación de la pena, pese a no ser conducta típica en sentido estricto, siempre que tenga vinculación con la noción de culpabilidad, o sea que resulten consecuencias previsibles para el autor por su acción (esta es la posición mayoritaria de la doctrina). Por ejemplo: el ladrón de una joya que alcanzada la consumación, luego mientras conduce su vehículo hacia su escondite o domicilio se alcoholiza bravamente (aunque tal tramo podría ser considerado como agravante dentro del peligro causado, no obstante tratarse de un comportamiento extratípico, o ya de agotamiento del delito).

(5) El aprovechamiento de las debilidades o indefensión de la víctima¹⁰⁹ o de la situación respecto del bien¹¹⁰, cabe ser considerado agravante, enmarcado en la naturaleza de la acción (puede discutirse su encuadre en circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren su peligrosidad, del inc. 2°). Quien roba a un indefenso perpetra una acción más grave que quien roba a quien puede defenderse. Se impone lo normativo sobre lo psicológico en cuanto a que el autor no es menos culpable de que se haya visto tentado de efectuar el atraco sobre quien no puede defenderse, porque ello le resulta más fácil. También cuadra en el agravamiento en la naturaleza de la acción, cuando el delincuente produce las debilidades y además se aprovecha de ellas. No se agrava porque se haya corroborado una personalidad determinada, sino porque concretamente se ha puesto de manifiesto un comportamiento más elaborado.

(6) Cabe considerar agravante el aprovechamiento de situaciones de especial confianza¹¹¹. En lo que respecta a la naturaleza de la acción, habrá de evaluarse qué tanta defraudación de confianza hubo.

(7) El lugar de la ejecución puede actuar como agravante en el marco de la naturaleza de la acción: el llevar obligadamente a la víctima a un descampado para cometer allí el abuso sexual. Obligar a las víctimas del

¹⁰⁹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto I., 4.

¹¹⁰ HÖRNLE: *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 105.

¹¹¹ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 296.

robo a dirigirse hacia un callejón en la noche¹¹², para allí ejecutar el desapoderamiento.

(8) Se ha sostenido que¹¹³ es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el recurrente se agravia del cómputo de la nocturnidad como severizante de la pena a imponer, pues la apreciación de si la nocturnidad hace más grave la "naturaleza de la acción" (art. 41 inc. 1 CPen.), o si ella confluye con las demás circunstancias de "tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren mayor o menor peligrosidad [del sujeto]" (art. 41 inc. 2), es una cuestión que depende de la evaluación de los hechos concretos de la causa, y que como tal es ajena a la revisión extraordinaria, salvo absurdo. Allende la cuestión de la admisibilidad del recurso, determinar en qué concepto del art. 41 CP se ubica una circunstancia del hecho concreto no es asunto que tenga una única respuesta, en determinados casos. Por otro lado, de conformidad con la descripción del art. 40 CP se arriba a la conclusión de que puede haber cuestiones fácticas del hecho concreto que no necesariamente deban tener cabida en alguna de las pautas del art. 41 CP, y no por ello deban ser excluidas de la consideración, a fin de ser calibradas para la medición de la pena. Primero debe establecerse la posibilidad o imposibilidad de incluir la característica a evaluar dentro de alguno de los conceptos que menta el art. 41, caso de imposibilidad deberá ello dejarse asentado y fundamentado y entonces ser explicado por qué tal circunstancia es agravante o atenuante. El aprovechamiento de la nocturnidad entiendo que primordialmente cabe ser cuadrada en el concepto de naturaleza de la acción, salvo que el aspecto de la peligrosidad efectivamente mostrada se torne preponderante. Ello porque puede haber aprovechamiento de la nocturnidad sin revelar mayor peligrosidad. Como ya he expresado, igualmente un error de encuadre en alguno de los conceptos del art. 41 o bien su exclusión errónea de dicha norma, no invalidan la calibración si la

¹¹² Se ha considerado agravante la nocturnidad en el hurto de ganado, aunque a veces se ha negado en tanto no haya alarma, ver, DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 714.

¹¹³ El Tribunal Sup. Corte Bs. As., con fecha: 16/05/2007, en autos Vega, Marcelo Eduardo s/ Tenencia ilegal de arma de guerra, etc. ver Lexis N° 14/115934 y 14/115987.

circunstancia considerada de modo racional opera como agravante o atenuante según el caso.

(9) La falta de uso de preservativo del imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal, aun cuando existe un tipo agravado cuando el autor conozca su condición de portador de una enfermedad de transmisión sexual es una circunstancia que puede valorarse al momento de mensurar la pena, teniendo en cuenta las pautas señaladas por el art. 41 inc. 1 CPen., que impone al juzgador tener en cuenta "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados" ¹¹⁴. No es incorrecta la referencia amplia a los cuatro conceptos de naturaleza de la acción, naturaleza de los medios empleados, la extensión del daño y la extensión del peligros causado, pero de agotarse el fundamento en lo expresado en el sumario, falta la explicación por parte de los jueces, la cual sí torna inválida la resolución en tal aspecto. Nótese: no se argumenta porque se cita la circunstancia fáctica y su encuadre, sin decirse por qué la falta del preservativo agrava, esto es, no se expone sinceramente si es por un peligro de contagio de alguna enfermedad, si es por la afectación de la intimidad e integridad sexual porque se logra un contacto más directo entre el cuerpo del abusador con el cuerpo del abusado, etc. El problema, como es obvio, no es que de modo general se haya remitido la circunstancia a los cuatro conceptos en cuestión sin precisarse en cuál de ellos concretamente encuadra tal facticidad, aspecto que de afinarse la exposición hace a la mejor dilucidación del caso, máxime en un nivel de precisión requerida a los tribunales superiores, sino que, como indiqué, directamente no se explica por qué es agravante ni en qué consiste el incremento de gravedad del hecho. Cabe precisar que en el caso en que se hubieren dado los extremos del inciso c) del párrafo cuarto del art. 119 CP, no cabría evaluar la circunstancia como agravante, porque la posibilidad de contagio es equivalente a la de extensión del peligro causado. Y aquí es donde surge la pauta de precisión que cabría tener en cuenta: sólo podría ser tomada por agravante como extensión del peligro causado una circunstancia de ese tipo, además de su encuadre en dicho inciso c)

¹¹⁴ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, fecha: 26/05/2006, partes: C., V. G., Lexis N° 1/1012470.

mentado, si se puede demostrar que dentro de los posibles comportamientos que crean peligro de contagio, justamente el cometido por el autor es de aquellos que se aleja del usual o del mínimo normal, y se produjo con un alto grado de peligro en comparación con otros comportamientos que producen menor peligro de contagio. Caso contrario, no puede operar como agravante en el marco de la extensión de peligro causado. Tampoco veo posible agravar la pena por la naturaleza de la acción, en cuanto contacto físico directo entre el abusador y la víctima, si el hecho del no uso del preservativo fue considerado para agravar el encuadre en el inc. c) del art. indicado.

(10) De modo general las agravantes utilizadas a lo largo del CP para determinados tipos penales, deben ser consideradas para los tipos penales que no las prevén específicamente (siempre que lo permita la naturaleza del asunto), sin que deba regir a los fines de la medida de la pena para las primeras la prohibición de la doble valoración¹¹⁵. Pueden ser considerados como elementos calibradores de la pena: la ejecución del hecho con alevosía¹¹⁶, enseñamiento; especial brutalidad¹¹⁷ o hecho especialmente violento¹¹⁸ o grado de violencia utilizado¹¹⁹. Estas precisiones pueden ser consideradas para verificar si deben tenerse como agravantes tales naturalezas de la acción por ejemplo en el abuso sexual (art. 119 CP) o en el robo (arts. 164/167 CP). Sólo si se brinda una explicación muy acabada en el caso concreto cabe admitir la denominada energía criminal¹²⁰, pese a que así llamada resulta un concepto de difícil caracterización. Puede admitirse tal pauta si lleva en términos generales a una calibración diferente para la omisión que para la acción: ello porque en rigor ambas formas de comportamiento tienen *a priori* diferencias de esencia naturalísticas que pueden ser consideradas para la medición de la pena. Pero, en general, cabe reconocer que debería desecharse la noción

¹¹⁵ De otra manera CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 291.

¹¹⁶ MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., p. 782.

¹¹⁷ CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 181.

¹¹⁸ HÖRNLE: *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 105.

¹¹⁹ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p.131.

¹²⁰ CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 181.

de energía criminal, porque es un concepto cuya calibración en la práctica, sin perjuicio de la mentada salvedad, es inaccesible¹²¹.

III. La naturaleza de los medios empleados

(1) Esta circunstancia se refiere a los instrumentos utilizados (calibre de las armas, cantidad de agentes activos, uso de uniformes de policía en el robo). En caso en que sea necesario diferenciar por su especificidad el modo en que fueron utilizados los instrumentos, estimo que cabe remitir a los conceptos de naturaleza de la acción o en su caso al modo si surgiere, en el último concepto, exposición de peligrosidad (merma o aumento). No habrá doble valoración si por un lado se agrava la pena por el importante calibre del arma de fuego utilizada (medio empleado) y además por el hecho de que no sólo se la esgrimió sino que se la apoyó en la cabeza de la víctima (naturaleza de la acción o modo que demostró peligrosidad en el hecho juzgado).

(2) La cantidad de sujetos activos. Sin lugar a dudas, que el robo lo efectúe una persona no resulta agravante ni atenuante. Que lo realicen dos agentes activos implica pluralidad y por tanto es agravante. En el robo en poblado y en banda, que el robo sobre una víctima lo lleven a cabo siete agentes activos resulta agravante con respecto al ejecutado por tres agentes activos.

(3) Se ha sostenido que la gran capacidad de lesión del elemento poseído no constituye una doble valoración, en tanto se ha aplicado la pauta mensurativa preceptuada en el inc. 1 del art. 41 CPen., cuando señala que se tendrán en cuenta, la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados, circunstancias que justifican el apartamiento del mínimo de la escala aplicable al delito. Los elementos del tipo no pueden valorarse como agravatorios o atenuantes en la individualización de la pena, el a quo no valoró nuevamente el carácter de explosivo de la granada secuestrada

¹²¹ HÖRNLE: *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 106.

sino su gran poder lesivo¹²². Es coincidente la postura señalada por el resolutorio con la aquí sostenida, tanto en cuanto parte del mínimo de la escala penal como por el hecho de admitir utilizar una misma circunstancia tanto para el encuadre legal como para la valoración de la medición de la pena si tal circunstancia es superior por su poder lesivo a otras posibles que también darían igual encuadre en tipo penal respectivo. De cualquier modo hubiera sido más preciso explicar en cuál de los conceptos tiene cabida la circunstancia que agrava la pena para dotar de mejor explicación el caso.

(4) Se ha sostenido que “constituye agravante la mayor peligrosidad evidenciada mediante el uso de un arma de fuego pues ésta tiene mayor poder vulnerante que otras que también satisfacen la exigencia del tipo (art. 41 inc. 2 CPen.); y también desde el punto de vista objetivo (art. 41 inc. 1 CPen.) su empleo aumenta el peligro causado”¹²³. Al respecto, cabe indicar que, no obstante, la potencia del arma utilizada cabe encuadrarla en el concepto medios empleados, al igual que en el caso del uso de un cuchillo de gran porte y filo, o de un garrote metálico especialmente lesivo. Cuadraría en el concepto peligro causado la proximidad de un disparo efectivizado, de un puntazo lanzado, o de un golpe con el garrote que no alcanzó a dar en el blanco. Ello porque a fin de cuentas debe tratarse de un peligro concreto puesto en marcha, y salvo que se tenga por comprobado que hubo proximidad al ejecutar el disparo, el puntazo o el garrotazo, no veo que el mero uso esgrimiendo tales armas permita admitir una puesta en peligro en concreto que dentro de tal rubro agrave la situación. Pero no podrá valorarse dos veces el mismo concepto, es decir, si se esgrimió el arma de fuego de mayor calibre sólo podrá tenérsela en cuenta en uno de los conceptos (medios empleados), salvo que además, por ejemplo, se haya efectuado un disparo entonces el peligro causado también puede ser computado como otro agravante

¹²² Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, fecha: 02/04/2004, partes: Salerno, Nicolás L. s/recurso de casación, Magistrados: David, Madueño, Fégoli, Expediente: 64712, (Voto del Dr. Madueño, adhiere el Dr. David, Dr. Fégoli en disidencia).

¹²³ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., fecha: 14/04/2004, partes: Varela, Alberto F. s/robo, Lexis N° 14/98253 (Magistrados: Pettigiani, De Lázzari, Hitters, Salas, Negri, Roncoroni. Voto: Pettigiani)

diferente de la magnitud del calibre del arma de fuego (ello independientemente de que el arma califica el tipo penal). Ello salvo que se considere el disparo contra persona como un concurso ideal.

(5) Se explicitó que “Cuadra en este concepto de los medios empleados (i) la pluralidad de intervinientes, (ii) el uso de uniformes policiales y (iii) la magnitud de las armas empleadas”¹²⁴. Un interviniente en el robo o en el abuso sexual no cabe que sea considerado ni agravante ni atenuante. Dos agentes activos en el robo o en el abuso sexual cabe ser considerado agravante. En el robo en poblado y banda cuatro intervinientes debe ser considerado agravante con relación al supuesto básico de tres agentes. La pluralidad de intervinientes no puede ser rechazada como pauta agravante ya que su fundamento se encuentra en el mayor poder de agresión sobre el bien jurídico protegido, pero de ello no debe caerse en el error de cuadrar tal circunstancia en el concepto de extensión del peligro causado, ya que en rigor no se trata de ello porque el peligro causado debe ser comprobado en concreto, al igual que en el caso de las armas utilizadas¹²⁵. El uso de uniformes policiales como ardid para facilitar el robo es agravante claramente encuadrable en los medios empleados. Ya he aclarado mi ver sobre la magnitud de las armas utilizadas las cuales en caso de los calibres que superen el de menor calibre normalmente utilizado (arma corta calibre 22) cabe que sean considerados agravantes. Del mismo modo las municiones con mayor aptitud para causar daño deben ser consideradas como elemento pautador de agravante en la medición de la pena también dentro del concepto medios empleados. En cambio la minuciosa y efectiva elaboración del plan estimo es pauta agravante aunque su cuadratura correcta debe hallarse dentro de la naturaleza de la acción (también correctamente puede cuadrarse en las circunstancias de modo que muestran su mayor peligrosidad).

¹²⁴ Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1°, 16/10/03, Villalba, Carlos Alberto (ver: ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotador*, p. 147).

¹²⁵ Considerando la pluralidad de agentes como pauta agravatoria aunque sin dar exactitudes sobre el concepto en el cual caer dicha circunstancia, ver Trib. Casación Penal Bs. As, sala 3°, 28/10/2004, Dalto, Rubén D. (ver ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p. 149).

(6) Es correcto sostener que el escasísimo poder lesivo del medio empleado usado en la lesión debe ser considerado como pauta atenuatoria¹²⁶.

(7) Usar medios narcóticos para efectuar un robo implica una agravante que cuadra en los medios empleados y que se traduce en mayor peligrosidad, por el riesgo particular para la salud que ello implica, por un lado, y por la indefensión que tal medio causa, por el otro. Para determinarse si el uso de narcóticos para efectuar un robo es o no agravante debe compararse con otros medios de efectuar el robo simple. Por tal andarivel transita la explicación que constituye a dicho medio en un agravante. En sentido más o menos parecido se ha expresado que “De ningún modo una circunstancia fáctica que agrava la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del non bis in idem. Sin embargo, el uso de medios hipnóticos o narcóticos, como medio violento del robo (arts. 78 y 164 CPen.), puede ser luego valorado por el tribunal de mérito como una de las circunstancias agravantes de la pena a imponer. Ello así, porque la figura del robo simple prevista en el art. 164 de dicho cuerpo normativo incluye, como medio comisivo, la "violencia física en las personas", y por lo tanto conforme la indicación del art. 78, debe incluirse en ella el uso de medios hipnóticos o narcóticos. Por ello es que su posterior consideración por parte del sentenciante a los fines del juicio de peligrosidad necesario para la graduación de la sanción, es tan viable como acudir a otras pautas de uso frecuente como la valoración del mayor o menor poder vulnerante del arma empleada para reducir a la

¹²⁶ DE LA RUA: *Código Penal Argentino*, p. 702.

víctima, la mayor o menor toxicidad de la sustancia administrada, la mayor o menor intensidad del golpe asestado, etcétera”¹²⁷.

IV. La extensión del daño causado

(1) Esta pauta no ofrece mayores dificultades para su conceptualización; en efecto, se circunscribe al mayor o menor daño causado. Esta simplificación afirmada tiene lugar desde un punto de vista naturalístico. Pero ha traído serias discusiones el asunto de qué daños cabe que sean incluidos en las agravantes y cuáles no, en cuanto a su diferenciación entre daños típicos y daños extratípicos. También ha conllevado serias discusiones determinar qué es daño típico y cuál ya extratípico. Lógicamente, esta última diferenciación la estiman indispensable quienes sostienen que sólo agrava el daño típico. Conforme la literalidad de los arts. 40 y 41 CP, debe entenderse que agrava tanto el daño típico como el extratípico, siempre y cuando tales consecuencias hayan podido resultar previsibles para el autor, conforme límites racionales del principio de culpabilidad que rige la responsabilidad penal humana.

(2) Se ha expresado que “resulta relevante la repetición de las maniobras, las importantes consecuencias económicas en perjuicio del Estado y la perniciosa incidencia social de los hechos, señalando la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, el art. 41 del Código Penal establece, entre otros criterios para la graduación de la pena, el de la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado”¹²⁸. Resultan cuadrables dentro del concepto de naturaleza de la acción las maniobras que se han reiterado, por su aspecto de tenacidad en la voluntad de cometer ilícitos. En cambio es correcto incluir en la extensión el daño causado la magnitud de las

¹²⁷ Tribunal: Trib. Sup. Just. Córdoba. Fecha: 07/08/2000 Magistrados: RUBIO, CAFURE DE BATTISTELLI, TARDITTI. Lexis N° 32/544. Partes: REYNA, VERÓNICA DEL VALLE Y OTRA s/ P.SS.AA. DE HOMICIDIO, ETC. -RECURSO DE CASACIÓN.

¹²⁸ Tribunal: C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, fecha: 18/03/1992, partes: Salgado, Héctor Carlos, Lexis N° 9/5126, Magistrados: Fégoli, Costa..

consecuencias económicas en perjuicio del Estado. En efecto, indudablemente este último aspecto es propio de la extensión del daño causado. Tales aspectos deben ser explicitados adecuadamente.

(3) La extensión del daño causado, por ejemplo, en el perjuicio económico en un robo o en una defraudación, cabe ser meritado como agravante en la medida en que se aparte del supuesto mínimo o de escasa relevancia. Pero en caso de pretender computarse tal agravante, debe no sólo explicarse tal circunstancia sino responder a las comprobaciones de la causa, estando fehacientemente acreditado el monto o magnitud del perjuicio. Por eso correctamente se ha sostenido que “el tribunal ha aplicado erróneamente el art. 41 CP, en la tesis que sustenta la pena finalmente impuesta en el perjuicio económico sufrido por las víctimas del hecho objeto de las actuaciones. La correcta concepción del factor legal de mensura de la pena (extensión del daño causado) debe realizarse siguiendo por regla un criterio cuantitativo. Si como en el caso, aplicando nuestro régimen legal de pautas ambivalentes, viene en la sentencia utilizado como agravante de la conducta del encausado, en relación al detrimento económico de los sujetos pasivos del hecho, únicamente puede afectar el cómputo de la sanción apelando a una tasa de mayor daño, que no viene desarrollada en los fundamentos del escueto párrafo dedicado a la mensuración de la pena, donde no se refieren (ni tampoco se remite al *factum* de la sentencia de responsabilidad) cuáles fueron los objetos sustraídos y, en su caso, su especial valía” (Dra. Berraz de Vidal, en disidencia parcial)¹²⁹.

(4) La extensión del daño causado puede ser considerada como atenuante en los hechos por ejemplo de homicidio o lesiones culposas, cuando como consecuencia del hecho ilícito el propio autor o un familiar muy próximo sufrió lesiones severas. Igualmente, en hechos de otra naturaleza como robos a mano armada en los supuesto en que por acción de la policía en defensa propia, de terceros, o en cumplimiento de un deber, causa lesiones de importancia al infractor, tal circunstancia debe

¹²⁹ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, fecha: 24/10/2005, partes: D., F. M. s/recurso de casación, Lexis N° 22/9474 (Magistrados: Capolupo de Durañona y Vedia, Hornos, Berraz de Vidal).

ser mensurada como atenuante dentro del concepto de extensión del daño causado. Así correctamente se ha sostenido que “De los fundamentos del fallo recurrido se advierte que el sentenciante no ha tenido en cuenta una circunstancia particularmente relevante al momento de determinar el monto de pena a aplicar, consistente en que los padecimientos que el accidente producido ocasionó a la familia del imputado, que en el accidente incluso perdió la vida uno de sus hijos. Nuestra legislación penal, ciertamente, no prevé como otras, reglas que eximan de la obligación de responder penalmente cuando el mismo delito haya ocasionado al autor padecimientos de una envergadura tal, que la imposición de castigo se muestre a todas luces inconveniente. Sin embargo, ello no significa que esa particular circunstancia no pueda ser tomada en cuenta a efectos de decidir, al menos dentro de la escala penal correspondiente, el quantum punitivo aplicable. Por el contrario, tanto la necesidad de dar un marco de razonabilidad a la imposición de pena, como una integral comprensión de la fórmula "extensión del daño" a que se refiere el inc. 1, del art. 41 CPen., obligan a tener en cuenta tal baremo, y considerarlo una circunstancia atenuante si normativamente se justifica esa solución bajo el prisma de la finalidad o función del castigo penal” (Voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia, adhiere el Dr. Hornos, Dra. Berraz de Vidal en disidencia)¹³⁰.

(5) Similar sistema que el formulado en el esquema de medición de pena aquí sostenido, como interpretación de la ley, en cuanto parte de un punto de ingreso por el mínimo, es el que se efectúa para la graduación de cada agravante dentro del concepto en que cuadra¹³¹. Por ejemplo, tratándose de merituar una agravante por la extensión del daño causado, deberá evaluarse si efectivamente dicha extensión es superior al mínimo que normalmente puede verificarse, entonces dada tal verificación podrá tenerse como una circunstancia agravatoria dentro del mentado concepto.

¹³⁰ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, fecha: 27/09/2005, partes: Rosa, Diego M. y otro s/recurso de casación, Expediente: 6951.4, Lexis N° 22/9166 (Magistrados: Capolupo de Durañona y Vedia, Hornos, Berraz de Vidal).

¹³¹ En este sentido, ver Trib. Casación Provincia B. As., sala 3°, 18/10/2004, Costa, Alicia L., LNO 70016923 (ver ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p, 148)

En este sentido se ha expresado con precisión que¹³² “El art. 41 inc. 1 del CPen. ha establecido, la extensión del daño, como un parámetro de determinación de la pena, otorgándole al juzgador la facultad de ponderar el grado de afectación al bien jurídico protegido por el tipo enrostrado, cuando el mismo tenga la capacidad de ser graduado y cuando como en el caso cuando se trata de un bien como el de propiedad, cuyo menoscabo puede responder a diferentes grados; así, el mayor perjuicio producido con la conducta ilícita por encima del umbral mínimo necesario para la satisfacción del tipo, importará un mayor grado de injusto, que podría tener relevancia en la cuantificación de la pena, sin que ello importe valorar dos veces una misma circunstancia”.

(6) El daño extratípico puede ser considerado como agravante, siempre en la medida en que esté fehacientemente constatado y acreditado, y que se explique debidamente su vinculación con el hecho y que tenga tal consecuencia un umbral de mínima previsibilidad para el autor, de modo que no vulnere reglas del principio de culpabilidad. En este sentido se ha expuesto que¹³³ “El daño psicológico producido a la víctima constituye una circunstancia que, resulta subsumible como agravante de la pena en el parámetro de "extensión del daño causado" que contiene el art. 41, constituyendo, además, una consecuencia material extratípica imputable, tanto objetiva como subjetivamente, al hecho de marras, sin que pueda vislumbrarse en su formulación ninguna vulneración al principio de culpabilidad (Magistrados: Celesia, Hortel, Manzini. Voto: Celesia. Tipo: Definitiva)”.

(7) La tipificación se da por la vulneración al bien jurídico protegido en el tipo penal correspondiente. Pero la magnitud de tal afectación es la que debe tenerse en cuenta, por ejemplo, con relación a la extensión del daño ocasionado, para merituar la pena. No operan aquí entonces

¹³² Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, Fecha: 18/10/2004, partes: Costa, Alicia L., Lexis N° 1/70016923-1.

¹³³ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, fecha: 26/03/2002, partes: Fernández, Roberto R. s/Recurso de casación, Expediente: P 5117, Lexis N° 14/101335.

impedimentos de doble valoración. Correctamente se ha sostenido que¹³⁴ “En la especie el hecho por el cual se condena a los imputados, encuadrando en el art. 91 CPen., ofrece al juzgador la posibilidad de aplicación de una pena de reclusión o prisión situada entre los tres y los diez años, mientras prevé distintos tipos de las lesiones que han sido calificadas como gravísimas, tales como la inutilidad permanente para el trabajo o la pérdida de un órgano o sentido o de la capacidad de engendrar o concebir. De esta manera el legislador nos lleva necesariamente a los resultados de la conducta, a las afectaciones producidas en la salud, en orden a la protección de la integridad de las personas. Así, efectuando estas consideraciones, desde un derecho penal que privilegia el acto en sí, resulta necesario a los fines de una imposición de pena justa, merituar el concreto ataque al bien jurídico protegido y resolver en definitiva según la estima que tenga a tales bienes injuriados. Al tratar la cuestión anterior, calificando el hecho, he señalado cada una de las afecciones a la salud provocadas en la persona de Álvaro Pérez Acosta, de 23 años de edad, que en términos generales y según la prueba valorada, abarca al mismo tiempo la mayoría de los supuestos previstos en la norma a la cual nos estamos refiriendo. La víctima padece de una enfermedad corporal probablemente incurable, se ha visto privada de la posibilidad de trabajar con una inutilidad permanente a tal efecto; no puede disponer de sus miembros, no se conoce exactamente el funcionamiento de la totalidad de sus sentidos; no dispone de la palabra y ha resultado privado de su posibilidad de engendrar. Casi la totalidad de los gravísimos resultados previstos en la norma que tipifica el delito, han convergido en este caso. Podemos concluir que la extensión del daño no podría ser mayor. Que los resultados han sido producidos por el obrar doloso de los imputados, de manera que fueron o debieron ser previstos, ha quedado establecido”.

(8) Para la evaluación de la extensión del daño causado no sólo se debe estar al contenido típico del hecho sino a situaciones y circunstancias extratípicas. Con relación a aspectos que obren a favor del imputado también cabe estar a aquellos de la realidad que restan trascendencia a la

¹³⁴ Tribunal: C. Penal Tucumán, sala 4ª, fecha: 29/09/1997, Partes: JENSEN, CRISTIAN FEDERICO Y OTRO s/LESIONES GRAVÍSIMAS

extensión el daño causado. En este respecto, correctamente se sostuvo que¹³⁵ “La devolución voluntaria luego de consumado el delito, por su mayor analogía in bonam parte con los supuestos de desistimiento, hubiera tenido aún mayor capacidad para reducir la pena, pero la recuperación del objeto del delito en el caso del hurto tiene relevancia, aún con las características de la presente, puesto que el artículo 41 del Código Penal ordena al Juez tomar en consideración la "extensión del daño" causado efectivamente. Que la devolución de la cosa no modifique en nada la culpabilidad del autor no alcanza para quitarle efecto atenuante, pues de acuerdo con nuestro ordenamiento legal al momento de determinar la pena deben tomarse en consideración otros factores susceptibles de modificar la valoración jurídica del hecho como la reducción ulterior del daño causado por el hecho” (Magistrados: Cortelezzi, Riva Aramayo, Vigliani).

(9) Es correcto que el elevado monto del perjuicio en la defraudación deba ser tenido en cuenta para la extensión del daño causado¹³⁶. En cambio la calidad del defraudado es un aspecto que debe cuadrarse en el concepto naturaleza de la acción o en la calidad de las personas¹³⁷. Por ejemplo, en dichos últimos dos conceptos debe cuadrar la circunstancia de que el dinero hubiere sido del destinado a abonar pensiones a personas minusválidas¹³⁸.

(10) Cuadra conjuntamente en los conceptos de extensión del daño causado y extensión del peligro causado, que en un robo resulte herida

¹³⁵ Tribunal: C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, fecha: 01/12/1995, partes: SOSA, Miguel s/ infrac. artículo 162 del Código Penal, Lexis N° 9/2424.

¹³⁶ Así, Cám. Nac. Casación Penal, sala 1°, 17/8/2001, Bertslinger, Hugo Néstor, LNO Nro. 30000049 (ver, ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p. 148).

¹³⁷ Ver de modo parecido, C. Fed. Bahía Blanca, sala 2°, 18/3/2003, Monteverde Norerto y otros, JA-2003-IV-288, LNO 20033181 (ver, ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p. 148).

¹³⁸ Considerando como agravante ello, pero sin precisar el rubro, C. Cas. Penal, sala 4°, , 30/4/2001, Culacciatti, Fernando A. (ver, ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p. 148).

una de las víctimas¹³⁹. Tal apreciación puede ser admitida (cuadramiento en los dos conceptos) pero debería ser explicitada. Con ello quiero expresar que si se pretende cuadrar una circunstancia fáctica determinada, como por ejemplo que en un robo una herida debe ser evaluada en la extensión del daño y en el peligro causado, deberá expresarse y fundamentarse que la lesión producida por un lado produjo un daño concreto en la integridad física del imputado y, luego, explicarse cuál fue el peligro concreto que se diferencia en alguna medida del daño concreto causado. Esto es qué peligro concreto se derivó de esa lesión.

(11) Se ha sostenido que las restituciones efectuadas por el ladrón o la indicación del lugar donde se encuentra la cosa robada, deben operar como atenuantes, pero no cuando la recuperación es ajena a su voluntad¹⁴⁰. Pero cabe apartarse de ello, por cuanto si bien es correcto tener por atenuante en el marco de un delito consumado el hecho de que se indique el lugar de la cosa robada, la recuperación ajena a la voluntad del imputado igualmente, aunque en menor medida, debe ser considerada para la medición de la pena, en el delito consumado, porque se trata de una disminución clara del daño efectiva y finalmente causado. En otras palabras, es diferente la situación en los casos en que no se recupera la cosa robada, de aquellos en que aunque sea de modo ajeno al autor se recupera la cosa robada, porque en lo que respecta al daño causado, el mismo se modifica por dicha circunstancia de la realidad que, aunque no puede ser atribuida a la voluntad del imputado, objetivamente existe y debe beneficiarlo para diferenciarse de la situación más gravosa de los casos de similares aristas en los cuales no se recupera la cosa.

(12) El daño causado estimado cabe que sea tanto el daño típico como el extra típico¹⁴¹, lo cual implica la admisión del concepto amplio de hecho¹⁴² (discutido). En tal sentido explícitamente se expide el § 46, II, StGB que refiere a consecuencias culpables del hecho aunque no hay norma

¹³⁹ Correctamente, en este sentido, C. Nac. Casación Penal, sala 2°, 14/3/2003, V., D.E. (ver: ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p. 148).

¹⁴⁰ C. Fed. La Plata, 17/11/24, JA-14-734.

¹⁴¹ Así, MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, I., 24.

¹⁴² Ver sobre ello, VICENTE REMESAL: *El comportamiento postdelictivo*, p. 360/361.

específica equiparable a ésta en nuestro derecho, pero conforme literalidad de los art. 40 y 41 CP cabe ser admitido tal criterio. Se ha diferenciado entre daño o repercusión típica y extratípica¹⁴³, incluyéndose en ciertas ocasiones ambas en la apreciación de la cuantía de pena. Ej.: el autor roba la cartera a una mujer donde, además de dinero, había documentos, a consecuencia de cuya pérdida la víctima pierde el trabajo. Cabe que pueda cargarse al autor, moderadamente, con la pérdida del trabajo de la víctima, es decir, el daño extratípico computa¹⁴⁴ (polémico).

(13) El asunto problemático no consiste en enunciar si sólo debe medirse el daño típico o también el extratípico¹⁴⁵, sino que parte del meollo de la dilucidación está en verificar qué es aun parte de la esfera del tipo y qué se halla fuera de ella. Este planteo de cualquier manera no impide, evidentemente, que se integre, por ejemplo, la afectación a la salud que se manifieste largo tiempo después de la ejecución del hecho.

(14) Acerca de las consideraciones de daño extratípico¹⁴⁶, la muerte por shock de la madre de un niño que resultó atropellado y muerto, a causa de la conducción de automotor indebida que encuadra en homicidio con dolo eventual (u homicidio culposos), cabe ser merituada para la medida de pena, en la medida en que se admita el daño extratípico.

(15) En el homicidio del padre de familia que era único sostén, es admisible incluir -para valorar la cantidad de pena- el hecho de que la víctima fuera único sostén, porque tal circunstancia está directamente vinculada al hecho efectuado y es un aspecto que puede ser admitido

¹⁴³ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p.123.

¹⁴⁴ También así ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto I., 6.

¹⁴⁵ La mayoría de la doctrina se inclina por incluir también el daño extratípico en la medición de pena.

¹⁴⁶ Admite el daño extratípico, CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 182.

como previsible para quien lo efectúa, pese a que no está específicamente previsto en el tipo penal¹⁴⁷ de homicidio.

(16) No es equivocado sostener que deben ser tenidas en cuenta tanto las consecuencias materiales como síquicas del delito¹⁴⁸, siempre que sean efectos culpables del delito¹⁴⁹.

V. La extensión del peligro causado

(1) Tampoco presenta dificultades la caracterización de la nación, por cuanto ella se circunscribe al mayor o menor peligro efectivamente causado¹⁵⁰. No se trata de la peligrosidad del autor demostrada en el caso, sino del peligro concreto que se instauró para bienes jurídicos. En cuanto al peligro concreto causado corresponden iguales consideraciones que las efectuadas sobre daño típico y extratípico. Cabe admitir el peligro extratípico. Por lo general la doctrina y jurisprudencia ha discutido sobre si el daño extratípico debe ser admitido como agravante. Pero en rigor igual consideración merece la problemática del peligro causado respecto de bienes ajenos al tipo penal concretamente imputado.

(2) Correctamente, se ha precisado que "la enumeración efectuada en los arts. 40 y 41 CPen., es puramente enunciativa y explicativa, y no excluye ninguno de los elementos referentes a la persona o al hecho dignos de ser considerados y que representen mayor o menor gravedad del delito cometido, o de la peligrosidad del delincuente. No encuentro en modo alguno infundada, errónea o violatoria del principio de "ne bis in idem", la ponderación, como agravante de la pena que finalmente se impuso, de "la

¹⁴⁷ Lo admite para la calibración como daño extratípico, CHOCHLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 182.

¹⁴⁸ JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 801.

¹⁴⁹ CHOCHLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 182.

¹⁵⁰ En igual sentido, S.C.B.A., 17/6/41, "Fallos", 17/9/37, cit. Por Rubianes, I, p. 257, nro. 1.

cantidad de jóvenes que concurrían a su domicilio donde guardaba una importante cantidad de estupefaciente", que además comercializaba, como muestra del grado de peligro causado por la conducta por la que fue condenado. Específicamente, como evidencia de la peligrosidad que importó aquella tenencia del estupefaciente con fines de comercialización, que se le enrostró" (Dr. Hornos, en disidencia parcial)¹⁵¹. La pauta tomada para agravar la medida de la pena, en primer lugar cabe reconocer que cuadra en el concepto de extensión del peligro causado. Luego, que su consideración para agravar la pena allende su estimación para tipificar en el marco de la teoría del delito, también es correcta.

(3) Genera dudas que se sostenga que "Las magnitudes de las infracciones jurídicas, o lo que es igual, la extensión del daño causado, incluido el grado de puesta en peligro de la propiedad en el conato de robo, son circunstancias que corresponde tener en cuenta pues así lo establece el art. 41 CPen¹⁵². Me explico: si la proximidad al apoderamiento fue muy cercana, incluso puede pensarse en un caso de desapoderamiento pero que no alcanza el apoderamiento, puede computarse como agravante en el concepto peligro causado, porque correctamente dentro de las distintas posibilidades de proximidad al apoderamiento se alcanzó un grado de proximidad importante que puso efectivamente y con mayor gravedad en peligro la pérdida del bien para su poseedor. Pero, tal circunstancia debe ser esclarecida y explicada. De otro modo, no se puede situar como agravante el conato en sí, porque entonces todas las tentativas deberían ser agravadas porque ponen en peligro el bien jurídico que protege el tipo penal involucrado, y, por ende, se estaría valorando dos veces el mismo concepto, una para dar encuadre al tipo penal y la segunda para agravar por peligro causado, sin que se acredite que justamente el peligro causado fue de mayor magnitud que el mínimo que se estime para la clase de puesta en peligro de que se trate.

¹⁵¹ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, fecha: 08/09/2004, partes: Damen, Diego J. s/recurso de casación, Lexis N° 22/8138 (Magistrados: Hornos, Capolupo de Durañona y Vedia, Berraz de Vidal).

¹⁵² Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª, fecha: 17/04/2001, partes: Abregú, Mauricio s/Recurso de casación, Expediente: P 3814, Lexis N° 14/94496 (Magistrados: Borinsky, Mahiques, Celesia. Voto: Borinsky. Sin disidencia).

(4) Si en un asalto corporal se pone en peligro la vida de la víctima, este modo de realización del robo debe verse reflejada en la medida de la pena¹⁵³. Ej.: dos delincuentes arrebatan el reloj pulsera de un hombre mientras el tren partía, cayendo la víctima ante el breve forcejeo desde el tren hacia el andén. Cabe puntualizarse que tal computación en el peligro causado excluye la posibilidad de computar en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

(5) Para valorar la concreta puesta en peligro fungen dos factores: (a) el valor del interés puesto en peligro; (b) la probabilidad de su afectación¹⁵⁴. No es lo mismo que en un robo a mano armada (con arma apta y con bala en recámara) el ladrón llegue a apuntar a la víctima con su arma (aumento del peligro concreto) a que simplemente descorra el gabán para dejar entrever el arma.

¹⁵³ HÖRNLE: *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 104.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

§ 6. El inciso 2º del artículo 41 del CP

I. Las pautas del inc. 2º art. 41 CP

El inciso 1º se refiere principalmente a lo objetivo, esto es a la acción ejecutada en la que participó y el resultado producido, en sus exteriorizaciones. El inciso 2º en cambio abarca tanto cuestiones objetivas (grado de intervención en el hecho) como subjetivas. De modo general puede decirse que se trata en este inciso segundo de establecer atenuantes o agravantes a la luz de condiciones y situación personal de quién cometió el hecho y en el contexto de las circunstancias del suceso. Se valoran entonces datos verificables de cada partícipe, como la edad, la educación, las costumbres, la situación económica, etc., para determinar la culpabilidad del imputado en el hecho y para establecer, en su caso, la posibilidad de que operen pautas de prevención especial o general positiva como atenuantes. No debe ello llevar al error de entender que se vuelca el examen hacia un derecho penal de autor, ni hacia el examen de la personalidad del partícipe y que por tal personalidad se le aumente o disminuya la pena. Se trata de establecer básicamente grados de culpabilidad por el hecho y posibilidades de prevención reductoras (o su imposibilidad), para lo cual se ingresa a conocer y valorar la situación de vida del imputado y la situación concreta en que tuvo lugar su comportamiento. Por otro lado, además, se valora la peligrosidad mostrada en el hecho en el que participó (cuestión no vinculada a la prevención, sino a la evaluación del pasado como incidencia en la gravedad del hecho) y se completa el examen con un aspecto importante consisten en valorar la participación que haya tomado en el hecho.

II. Condiciones personales

Tanto la edad, la educación, las costumbres, la conducta precedente, como los demás antecedentes y condiciones personales, que se mentan

en el inc. 2° del art. 41 del CP, hacen a la condición personal, familiar, social y económica del individuo, así como a su personalidad¹⁵⁵. Vista la variedad de pautas legales y la proximidad conceptual que obra entre unas y otras, habrá de tenerse especial cuidado en la evitación de la doble valoración de circunstancias¹⁵⁶.

a) La edad

(1) Por regla parece inamovible que la juventud, es decir la corta edad del autor, sea considerado atenuante en el homicidio¹⁵⁷. Luego que la senectud, por regla, sea asimismo considerada atenuante¹⁵⁸. El problema es definir por qué se llega a estas conclusiones. La circunstancia en estudio no comprende la edad de la víctima¹⁵⁹, porque conforme la redacción del artículo se refiere sin hesitaciones a la edad del imputado. Es problemática la fundamentación de quienes propician que la corta edad resulte agravante por mayor peligrosidad.

(2) Que en los homicidios, y en delitos de violencia, se pueda considerar la corta edad atenuante, puede fundamentarse en la merma de culpabilidad por menor control de los impulsos que puede asignarse al joven con relación a la persona madura a quien es exigible que piense más aún las cosas antes de lanzarse a la comisión de un hecho de tales características. Es difícil que se puedan admitir, en hechos graves como el homicidio, mermas de pena por estimarse que es conveniente para el imputado menor tiempo de prisión para su resocialización. En hechos de escasa gravedad en cambio la corta edad puede ser tenida en cuenta para considerar una menor reprochabilidad con relación a la que corresponde al hombre o mujer maduros, y, además, como una

¹⁵⁵ En términos parecidos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 804.

¹⁵⁶ En similar sentido, CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 182.

¹⁵⁷ C.A. Bahía Blanca, 21/7/82, JA-38-1342.

¹⁵⁸ S.C.J., 22/11/39, JA-31-751.

¹⁵⁹ DE LA RÚA: *Código Penal Argentino*, p. 705.

posibilidad de menor pena, es decir, también como atenuante, por la conveniencia para el imputado de cumplir menor tiempo en prisión a fin de su reinserción en la comunidad. En otras palabras, es tolerable que por razones de prevención especial positiva se aplique un atenuante en delitos de escasa gravedad en cambio en delitos gravísimos tal posibilidad parece vedada. Por último, es bastante dificultoso admitir la corta edad como agravante por mayor peligrosidad, ya que más bien la peligrosidad deberá surgir de las circunstancias de tiempo, modo y ocasión que por un dato de juventud.

- (3) Se ha sostenido que “El defecto apuntado, se advierte por cuanto el defensor soslaya que el tribunal de juicio al responder a la tercera cuestión, al momento de graduar la sanción a imponer a su asistido Daniel A. Vega consideró favorablemente su juventud, 25 años de edad, que dijo vivir con su madre y hermanas a las que ayudaría en su manutención, que dijo hacer changas de albañil, que tiene estudios primarios incompletos, y no consume drogas; en su contra, consideró la naturaleza del hecho y el daño causado, aspecto en el que habrá que reparar que Pereyra Piano víctima se trataba de una persona joven, emprendedora, que le ponía "huevos al laburo", como dijo su amigo Rivadeneira, que encontró la muerte precisamente durante un cometido laboral y nada menos que el primer día de trabajo y en ocasión de un intento de robo en su primer reparto a domicilio de mercadería, el daño es particularmente grave; que si dijo trabajar y ser persona sana, tampoco puede alegar una dificultad extraordinaria (la realidad así impone considerar esta pauta) para sostenerse y que implique conductas como las aquí analizadas, en la que materialmente por muy poco, se colocó en situación de riesgo a una persona digna y trabajadora como la víctima; la regular impresión que de visu causó en la audiencia y que tiene una condena de la Cámara Décima del 7/6/2001 a dos años de prisión, que cumplía el 13/9/2002, de modo que sin ninguna duda corresponde declararlo reincidente conforme lo previsto por el art. 50 CPen. y computar ese antecedente a los fines de la pena, estimando justo y razonable por todo lo anterior graduarla en quince años de prisión con

adicionales de ley y costas”¹⁶⁰. En este supuesto, directamente se valora la corta edad, 25 años, como atenuante, sin darse explicación alguna al respecto. La fundamentación en tal supuesto podría estar en una merma de culpabilidad por merma de autodeterminación atribuible a la menor capacidad de control de los impulsos que puede asignarse al joven con relación al hombre o mujer maduro.

- (4) “La corta edad del imputado debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el monto de la pena a imponer”¹⁶¹. Nuevamente se juzga la menor edad como atenuante sin fundamentación alguna. Sería una atenuante prácticamente generalizada la juventud, que sólo cabría rechazar por excepción con la debida fundamentación. Por el contrario, el agravamiento de la pena por juventud, se encuentra vinculado a su mayor peligrosidad, cuestión que ya he adelanto difícil de sostener basado simplemente en el dato de la corta edad. La pauta de mayor o menor peligrosidad debe estar sostenida por circunstancias objetivas y verificadas correspondientes al hecho, allende la corta edad.
- (5) “La juventud del acusado, a la hora de ameritar circunstancias atenuantes, asume carácter relativo, toda vez que pesará favorablemente si el delito se relaciona con la dificultad de ganarse el sustento, en tanto que jugará en demérito si el delito sólo refleja el deseo de causar perjuicio, o cuando éste asume en su omisión componentes asociativos exteriorizadores de precocidad en el camino del delito”¹⁶². La fórmula de la precocidad está vacía de contenido ya que deberían, quienes la pretenden sostener, exponerla desvelada y explicativamente a fin de que se comprenda qué se quiere significar con ello. Si se trata de que es necesario sancionar más severamente al joven porque se calcula que seguirá cometiendo delitos y por ello es necesario neutralizarlo, debe ser rechazada la moción, porque

¹⁶⁰ Tribunal: Trib. Sup. Just. Córdoba, fecha: 22/04/2004, partes: ÁVILA, ANTONIO M. Y OTROS s/P.SS.AA. HOMICIDIO CALIFICADO, ETC.-RECURSO DE CASACIÓN, Magistrados: CAFURE DE BATTISTELLI, TARDITTI, RUBIO.

¹⁶¹ C. Nac. Casación Penal, sala 3°, 13/2/2003, Figueredo, Sergio, JA 2003-III-774, LNO nro. 20032552.

¹⁶² Trib. Casación Penal Bs. As, sala 1°, 14/4/2005, Pazzi, Miguel A., y otro, JA 2005-III-609, LNO nro 35001608. Y

no es factible en el marco de un derecho penal de acto incrementar la pena sobre lo que corresponda a la punición por el grado de culpabilidad.

- (6) “La menor edad es circunstancia de mayor peligrosidad en ciertas modalidades de delincuencia, como la ‘patota’ ”¹⁶³. Se ha afirmado que la precocidad en el delito es agravante¹⁶⁴. Y se precisó a este respecto que la precocidad sólo es agravante si se trata de precocidad delictiva y no precocidad en el delito¹⁶⁵. No cabe compartir estos criterios. En primer lugar no resultan explicados. No se comprende claramente por qué se pretende incrementar la pena. Si se apunta al cálculo de que se cometerán otros delitos, la agravación no corresponde por límites de derecho penal de acto vinculado al grado de culpabilidad por el hecho. Si se propicia incrementar el monto de pena por mayor peligrosidad, pues entonces debe demostrarse en qué punto cabe atribuir a la corta edad tal aspecto. Más bien los aumentos por mayor peligrosidad deben estar vinculados a datos de las circunstancias de tiempo, modo y ocasión, esto es, a circunstancias independientes de la edad. La corta edad por quienes proponen su consideración como agravante parece estar ligada a una consideración de peligrosismo en el sentido de una característica de la persona que la torna peligrosa hacia el futuro, aspecto que no resulta admisible computar.

(7) Que la juventud resulte un atenuante es algo que no puede operar en forma automática, sin explicación, mediante la mera remisión a la fórmula juventud del autor. Debe expresarse por qué es atenuante, si es porque se estima una merma de culpabilidad, si es por razones de prevención especial positiva para permitir una más rápida reincorporación a la comunidad para evitar la involución de integración social que se atribuye a la prisión, etc. Ello porque puede resultar discutido que la juventud sea atenuante o agravante. De allí que es incorrecto sostener directamente que “Si bien el hecho cometido por el imputado es de una gravedad considerable, concurren circunstancias atenuantes que deben valorarse a su favor al momento de la individualización de la pena a imponer, tales como la falta de antecedentes penales, su juventud, el arraigado hábito laboral, la

¹⁶³ DE LA RÚA: *Código Penal Argentino*, p. 704.

¹⁶⁴ C.C.C., 18/10/38, JA-65-528.

¹⁶⁵ NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, T. II., p. 461.

conformación de un núcleo familiar y el hecho de que tiene una hija de un año y cuatro meses con quien convive. Asimismo la conducta de la víctima configura un atenuante de la pena, ya que su actitud delictiva -la que quedó en grado de tentativa por la intervención del aquí imputado- fue la que lo llevó a disparar y provocar el resultado luctuoso. No puede desconocerse que el imputado habría actuado en el carácter de persona asimilada a funcionario público (art. 240 CPen.) (Voto de los Dres. Catucci y Bisordi; Dr. Rodríguez Basavilbaso en disidencia parcial)¹⁶⁶.

(8) De cualquier modo, es generalmente admitida la juventud del imputado como causa de atenuación, pero incorrectamente no se suele explicar la razón de la merma de pena. Se ha expuesto que “Deviene inatendible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el recurrente fundó su agravio relativo a la violación del art. 342 CPP. ley 3589 y modif. en que el a quo "sin mediar recurso del fiscal" ignoró la diminuyente de juventud considerada así por el magistrado de primera instancia, si del contenido del pronunciamiento atacado se evidencia que en rigor se computó ese atenuante, ergo la queja así articulada constituye una mera sinrazón, en tanto se desentiende de las constancias de la causa”¹⁶⁷.

(9) En igual sentido al explicitado, en cuanto a la necesidad de que se sostenga por qué la juventud constituye agravante o atenuante, se ha dicho que “Es insuficiente el agravio en el que se denuncia violación de los arts. 40 y 41 del Código penal por no haber valorado la alzada la "juventud" de los procesados a los efectos de morigerar la sanción impuesta si no se demuestra de qué modo constituiría una circunstancia atenuante”¹⁶⁸. Claro

¹⁶⁶ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, Fecha: 03/10/2005, Partes: Ranno, Carlos A. s/recurso de casación - Lexis N° 22/9423 - Magistrados: Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci - Número: 8119 - Expediente: 8119.1.

¹⁶⁷ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 23/12/2003, Partes: Ferreira, Juan P. o Juan R. y otro s/robo calificado por el uso de armas, etc. - Lexis N° 14/97719. Magistrados: Soria, Kogan, De Lázzari, Negri, Genoud. Voto: Soria. Tipo: Definitiva. Expediente: P 68396. Sin disidencia.

¹⁶⁸ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 26/10/1999, Partes: Krausse, Sergio O. y ot. s/ Robo calificado en poblado y en banda - Lexis N° 14/125149. Magistrados:

que aquí, cabe apuntar, se hizo valer la falta de fundamentación y explicación en perjuicio del condenado.

(10) No se suele distinguir al momento de evaluar la juventud como atenuante, entre ésta como concepto independiente, y la ausencia de antecedentes. Parece que se suele mezclar ambos conceptos y sostenerse que la juventud representa atenuante sólo cuando va unida a la ausencia de condenas anotadas, lo cual constituye un error. Así se ha expuesto que “Constituye moderada atenuante, dada la juventud del procesado, su falta de antecedentes penales y contravencionales (art.41 inc.2 C.P.)”¹⁶⁹. Ello obedece a que no se indaga de modo general en las razones por las que la juventud es atenuante o agravante, y se la invoca como atenuante de modo casi automático sin razonarse demasiado sobre las causas de que deba ser considerada en tal condición. Por ello mismo cuando el imputado no es primario, no se suele invocar como atenuante su juventud. Por tanto independientemente de que el inculpado registre condenas anotadas, debe indagarse en el caso concreto si procede atenuar la pena por su juventud. Correctamente se ha indicado que “Es improcedente el planteo que bajo la denuncia de violación de los arts. 40 y 41 del Código Penal formula el señor Fiscal de Cámaras sosteniendo que no pueden computarse como pautas de disminución de la pena tanto la ausencia de antecedentes del procesado como su juventud, ya que teniendo cada una de ellas distintos fundamentos cuando resultan atenuantes, nada obsta su concurrencia en el mismo caso”¹⁷⁰.

(11) La razón por la cual se considera atenuante que una persona resulte primaria no se refiere a un premio por buena conducta, sino que se trata de

Pettigiani, San Martín, de Lázzari, Ghione, Laborde, Pisano. Sin Disidencia. Voto: PETTIGIANI. Expediente: P 62477.

¹⁶⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 04/06/1985, Partes: G., J. H. s/ Robo gravado - Lexis N° 14/52952. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Mercader, San Martín, Negri, Cavagna Martínez, Salas.

¹⁷⁰ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 27/11/2002, Partes: Díaz, Oscar Luis s/ Robo alificado - Lexis N° 14/131566. Magistrados: de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Negri, Roncoroni. Sin Disidencia. Voto: DE LAZZARI. Expediente: P 76271.

un aspecto de culpabilidad, que se diferencia de quien actuó delictivamente y tiene condenas anteriores. Se vincula la merma de pena asimismo con una cuestión de prevención especial positiva, que hace que deba atenuarse la pena de quien no registra condenas anotadas. De allí que el hecho de que el imputado hubiera cumplido recientemente los dieciocho años de edad, no resta operatividad a la aplicación de una atenuante por ser primario. Razonar que el imputado no pudo tener anotaciones de condena dado que en forma reciente alcanzó la imputabilidad penal plena, implica atribuirle una finalidad a la disminuyente por ausencia de antecedentes que excluye y no se corresponde con la de evaluación de culpabilidad mentada y merma de aplicación de pena por conveniencias de prevención especial positiva, que cabe propiciar ante la situación de quien reviste su condición de primario. Por ello es incorrecto sostener que “Es atenuante la reducida edad del imputado -18 años- al tiempo del hecho, pero no lo es la falta de antecedentes penales y contravencionales, irrelevantes dada esa edad”¹⁷¹.

b) La educación

(1) Decir que la educación es un criterio relativo en función del delito¹⁷², afirmación que es tenida por correcta¹⁷³, es un avance sobre la dilucidación de la influencia de la educación en la graduación de la pena aunque no consigue con ello darse demasiadas precisiones.

(2) Es difícil admitir agravantes o atenuantes por el grado de educación con relación al ilícito. En cambio el grado de educación puede tallar, tanto como atenuante como agravante, con relación al grado de culpabilidad, y como atenuante con respecto a cuestiones de prevención.

¹⁷¹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 25/08/1987, Partes: M., D. R. s/ Tentativa de robo agravado - Privación ilegal de la libertad. Lexis N° 14/16458. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Negri, San Martín, Vivanco. Publicado: BA B10121.

¹⁷² NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, T. II., p. 462.

¹⁷³ DE LA RÚA: *Código Penal Argentino*, p. 706.

(3) Respecto de delitos relativos al medio ambiente, por ejemplo, el elevado nivel educativo puede funcionar como un agravante en tanto exige un conocimiento más acabado de la prohibición penal o al menos de la obligación de actualización. Del otro lado, un nivel de educación muy bajo, puede en tal clase de delitos operar como atenuante. Cabe por tanto sostenerse que con relación al grado de conocimiento de la prohibición puede operar en alguna medida el nivel educacional, y ello ser valorado para la medida de la pena.

(4) En su combinación con factores como la edad y el nivel económico puede atribuirse un mayor o menor grado de culpabilidad. Quien es analfabeto, y vive en situación de miseria, es joven, y efectúa un delito de robo a mano armada presenta menor grado de reprochabilidad que quien presenta nivel de educación universitario, no obstante que el último sea joven y se halle en situación de miseria, porque el grado de autodeterminación puede resultar menor para el primer caso que en el segundo. Luego, si bien no cabe ingresar aquí en su tratamiento, los conocimientos especiales pueden tener relevancia en supuestos muy específicos¹⁷⁴. De cualquier modo, siempre deberá ser explicitada la razón por la cual el nivel de educación puede resultar agravante o atenuante.

(5) Se ha sostenido que "Con relación a la falta de fundamentación de la sentencia respecto a la fijación de la pena a imponer, si bien comparto la solución propuesta, el decisorio no explicita si "la edad, personalidad y educación del encausado, aspecto éste último que evidenció en el debate, por cuanto denotaban sus manifestaciones cierto nivel cultural..." son valorados como agravantes o atenuantes. En éste sentido interpreto que el referido nivel cultural, habrá de considerarse como agravante (art. 40 y 41, CPen.). Por lo demás en orden a la "ausencia de antecedentes", a que hace mención la sentencia, esta cuestión no puede ser valorada en sentido alguno, porque se violaría la prohibición constitucional del doble juzgamiento (arts. 75 inc. 22 , CN., 8.4, CADH., 14.7, PIDCyP.). (Dra.

¹⁷⁴ Sobre conocimientos especiales ver, JAKOBS: *La imputación objetiva*, p. 64.

Ledesma, en disidencia parcial)”¹⁷⁵. Es incorrecto decidir si el nivel educacional es agravante o atenuante sin explicar la razón de ello, tal como ha sucedido en el sumario que se transcribe.

(6) La posición social o profesional del autor sólo puede tener efecto agravante cuando precisamente ella fundamente deberes incrementados para el bien jurídico lesionado. “En la malversación es el caso cuando, por ejemplo, el ámbito de las obligaciones del autor en el servicio comprendan el acceso y la responsabilidad de llevar los libros”¹⁷⁶.

(7) En los delitos de tránsito rodado la elevada educación por ejemplo universitaria carece de importancia. En este tipo de accidentes cabe estar a la experiencia en la conducción, y, bajo ciertas circunstancias, a la calidad de conductor profesional¹⁷⁷, aunque estas cuestiones ya ingresan en el concepto de costumbres y conducta precedente del sujeto.

c) Las costumbres y la conducta precedente del sujeto

(1) Los aspectos de la conducta precedente que se traten bajo esta expresión no cabe que sean tratados nuevamente al evaluar *las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales*, a que hace referencia asimismo el art. 41 CP, ello para evitar la doble valoración.

(2) No ingresan en este concepto las causas en trámite que pudiera tener registradas el inculpado, concepto que no cabe que sea considerado como un agravante, pese a que empíricamente pudiera sostenerse que tales antecedentes produzcan un incremento de culpabilidad por la actualización que tal sometimiento a proceso penal implica, dado que en definitiva podría haber

¹⁷⁵ Tribunal: C. . Nac. Casación Penal, sala 3ª, fecha: 19/02/2007, partes: Scarcella, José Aníbal s/recurso de casación, Lexis N° 22/10981, Magistrados: Riggi, Ledesma, Tragant, Número: 7462, Expediente: 127.07.3.

¹⁷⁶ MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 171.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

un roce al principio de inocencia. Tampoco ingresa en este concepto las anteriores condenas (con pena ficta ni con pena efectiva) ni las reincidencias. Dice De La Rúa¹⁷⁸ que lo relativo a las costumbres y la conducta precedente del sujeto se circunscribe negativamente a la modalidad de vida y costumbre no delictivas. Pero así expuesto, y sobre este aspecto estimo hay que ser muy claro, se estaría permitiendo el ingreso de todas las acciones de una vida para juzgar el hecho concreto, cosa inaceptable en el marco de la mínima dignidad que el ser humano merece.

(3) Se ha incluido en este concepto el antecedente de una contravención incurrida, aunque es más correcto cuadrar dicha anotación en el concepto de los otros antecedentes y condiciones personales. Se dijo que “Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el recurrente denuncia que se han violado los arts. 40 y 41 CPen., al considerar el "a quo" el antecedente contravencional del imputado como una circunstancia gravosa en la medición de la pena, por no corresponderse a su criterio con ninguna de las pautas contenidas en los referidos artículos, si la defensa omite evidenciar por qué razón la contravención en que incurrió el acusado, que podría caer en la genérica expresión de "conducta precedente del sujeto" a la que alude el art. 41 inc. 2 CPen., es insusceptible de ser valorada como circunstancia agravante a los efectos de la graduación de la pena”¹⁷⁹. Cabe puntualizar que la anotación de una contravención, que no se encuentre excluida de los plazos de vigencia como registro a tener en cuenta y de la cual además haya sido declarado responsable el inculpado, decisión que además debe encontrarse firme, cabe ser considerada como agravante, si el comportamiento infractor tiene al menos alguna vinculación con el ahora juzgado. En tal caso y bajo los requisitos mentados, ella opera como actualizador de la conciencia de la vigencia las prohibiciones, ello visto que el derecho contravencional sólo se diferencia del derecho penal en estricto sentido por una cuestión cuantitativa. Mas cabe puntualizar que el hecho de tener un proceso contravencional en trámite no puede operar como agravante porque roza el principio de inocencia.

¹⁷⁸ DE LA RÚA: *Código Penal Argentino*, p. 706.

¹⁷⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 30/06/2004, Partes: Solano, Rafael N. s/homicidio calificado, Lexis N° 14/98574. Magistrados: Soria, De Lázzari, Genoud, Roncoroni, Negri - Voto: Soria. Tipo: Definitiva. Expediente: P 63530. Sin disidencia.

(4) La cuestión de la embriaguez (como la drogadicción) es más bien anárquica en su tratamiento por doctrina y jurisprudencia, a fin de valorarla como atenuante o agravante, que es lo que ocupa aquí de modo central. La solución que estimo correcta a este problema es la siguiente. La embriaguez que debe evaluarse es la que el imputado presenta en el hecho juzgado. Con esto quiero tajantemente excluir la situación de quien es alcohólico crónico y no se halló alcoholizado justamente en el momento del hecho. Por ende, a tener en cuenta, sea alcohólico crónico o habitual, sólo será la embriaguez expuesta al cometer el ilícito. La embriaguez presenta dos caras: una, la merma de claridad de conciencia, la cual siempre (salvo excepciones) estimo cabe tenerla como atenuante, en todo caso de embriaguez importante. Luego, la mayor peligrosidad que puede producir la embriaguez en el hecho concreto cometido, la cual en su caso puede ser considerada como agravante. Este segundo aspecto, mayor peligrosidad, debe ser evaluado en el caso concreto. Porque en un robo simple, sin arma alguna, no veo que la embriaguez pueda operar como agravante en función de una mayor peligrosidad exhibida. En cambio en un robo con arma de fuego en condiciones de inmediato uso cabe ser mentada como elemento agravante por su mayor peligrosidad. Estimo que similares apreciaciones corresponden a quienes se hallaren bajo la influencia de estupefacientes al momento de cometer el hecho.

(5) Se ha dicho que “el alcoholismo crónico puede constituir una pauta atenuante en términos de los arts. 40 y 41 CP, por no permitir al enfermo un dominio permanente de su conciencia”¹⁸⁰. Entiendo que tal pauta puede operar siempre que al momento de cometer el hecho, justamente, el imputado se hallare bajo los efectos del alcohol. Por tanto, no habría objeciones que en favor del imputado se traiga su condición de alcohólico crónico.

(6) Con relación a la drogodependencia se ha expresado que “La dependencia física o psíquica a los estupefacientes (adicción) es considerada como una enfermedad (art. 16 ley 23737) y no como una pauta de mensuración de la pena y/o cuando se verifica su existencia se deberá imponer, conjuntamente con aquella, una medida curativa consistente en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a esos fines, como ocurrió en autos. Mas ello no significa que tal situación deba ser valorada como

¹⁸⁰ Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2°, 19/9/2003 – Taritolay, Adalberto.

atenuante al momento de la graduación de la sanción, pues la adicción a las drogas no está contemplada como una de las circunstancias a tener en cuenta a los efectos previstos en el art. 41 CPen., a lo sumo podrá ser considerada, dado determinado marco fáctico y probatorio -lo que no aconteció en la especie-, como una causa de disminución de la imputabilidad al igual que lo que sucede con la ebriedad”. (Voto del Dr. Mitchell)¹⁸¹. En rigor, finalmente en esta opinión mencionada, se estima la drogodependencia como una merma en el monto de la punibilidad, sólo que se la atribuye a una disminución en la imputabilidad, la cual debe ser traducida en una merma en la punibilidad. Lógicamente, debió el inculpado encontrarse bajo los efectos de los estupefacientes al momento de cometer el hecho.

(7) La vida viciosa se ha considerado agravante¹⁸². Es otro concepto que en la hora actual sería erróneo incluir en la medida de la pena, por violatorio del derecho penal de acto.

(8) Se ha expuesto correctamente que “Colabora en la determinación de estas circunstancias la información que sobre el encausado brinden sus vecinos, ésta se erige en el único mecanismo en la estructura procesal vigente medianamente apto para transmitir aspectos relativos a él de índole moral y humano dentro de los cuales ha vivido”¹⁸³. Pero, cabe puntualizar, que tal información sólo puede obrar a los fines de una atenuación por buen concepto vecinal. El mal concepto vecinal a los fines de la medida de la pena no puede ser tenido en cuenta porque no se vincula al acto ejecutado. Si se admite el ingreso de estos aspectos en perjuicio del imputado, se transforma el juicio penal en un juicio por la vida que ha llevado la persona, cosa inadmisibles conforme derecho penal de acto. Ahora bien, se ha expresado acerca del concepto vecinal como atenuante obran dos restricciones. “La primera radica en las características del vecindario o del grupo social que juzga como “bueno” el comportamiento, toda vez que si se tratara de personas dedicadas al delito o actividades reñidas con la moral y las buenas costumbres, bien poco

¹⁸¹ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, Fecha: 04/09/2002, Partes: Pacheco, Nino Esteban s/recurso de casación. Lexis Nº 22/6231. Magistrados: Riggi, Tragant, Mitchell.

¹⁸² CSJN., 21/7/37, JA-5927.

¹⁸³ C. 3º Crim. Y Corr. La Plata, sala 3º, 23/6/1987 - S.A.C. s/ lesiones culposas.

significaría que albergaran un buen concepto respecto del proceso. Y también - y esto es lo verdaderamente gravitante-, importa el grado en que la persona objeto de la información desarrolla sus actividades en ese vecindario, porque si sólo acude a su vivienda a pernoctar, muy poco es lo que pueden aportar sus vecinos que sea de importancia en la tarea de formar convicción”¹⁸⁴. Estas apreciaciones son correctas en la medida en que dan pautas en principio acertadas de valoración sobre el informe de concepto vecinal.

(9) Que deban tenerse en cuenta aquellos factores de la vida anterior del sujeto que constituyan indicio de peligrosidad criminal, es abrir un portón a la discrecionalidad y violentar la responsabilidad por el hecho que tiene raigambre constitucional^{185 186}. La vida anterior del infractor es un concepto peligroso¹⁸⁷.

(10) Se ha señalado que la conducción libre de tachas por largo tiempo como demostrativa de experiencia y que con ello se incrementa la gravedad de la infracción actual¹⁸⁸, lo cual no cabe compartir. La conducción libre tachas del pasado muestra respeto por la norma, y no debe ser considerado en perjuicio del imputado.

(11) Cabe tener en cuenta como atenuante moderado las prestaciones de utilidad social ejecutadas con anterioridad, por ejemplo obras de beneficio para la colectividad, o una actividad *ad honorem* en la Cruz Roja o en el servicio de salvamento.

(12) En cambio, deben quedar excluidas para una conformación agravatoria de la pena conductas indecentes pero no punibles realizadas en el pasado, porque se vulnera del derecho penal de acto. La asimetría entre el tratamiento como atenuantes y como agravantes, responde a reglas de imputación penal sobre lo que cabe cargar como parte del hecho y lo que ya queda fuera de él para su

¹⁸⁴ Trib. Cas. Penal Bs. As., sala 1°, 14/4/05, JA-2005-III-609.

¹⁸⁵ Desde necesidades de prevención especial, admite estas influencias, ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 153.

¹⁸⁶ De otro modo, CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 200.

¹⁸⁷ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 307.

¹⁸⁸ MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 164.

agravación. Mientras que las reglas para admitir atenuantes no se vinculan a la rigidez de la imputación penal.

d) Los demás antecedentes y condiciones personales

(1) Aquí se consideran como antecedentes las causas penales en trámite (las cuales en definitiva no pueden ser estimadas como incrementadores porque se vulnera el principio de inocencia), y las condenas anteriores con pena de cumplimiento condicional y las anteriores de cumplimiento efectivo. Las condenas anteriores en las cuales se lo haya declarado reincidente serán cuadrables como agravantes únicamente en el concepto reincidencia y no en éste. No puede obrar en la actual condena justamente como agravante la actual declaración de reincidencia. Ésta sólo podrá operar como agravante (siempre que cumpla pena de prisión encontrándose firme la condena) en caso de que el imputado vuelva a cometer delito y resulte condenado. Puede ser problemático admitir que la condena anterior que por un lado, opera para impedir la condena condicional, sea, por el otro lado, considerada como agravante del monto punitivo en la individualización de la pena, ya que podría sostenerse que se valora dos veces un mismo aspecto. Pero esta doble valoración, creo, no opera en el mismo nivel, porque independientemente de que funcione como impedimento de condena en suspenso, para la valoración del monto punitivo se la toma en cuenta sólo en una oportunidad. Como condiciones personales cabe considerar aspectos de la personalidad física, intelectual, individual, social del sujeto. En este punto pueden excepcionalmente ingresar como atenuantes aspectos de mermas de imputabilidad (imputabilidad disminuida a los efectos de la graduación de la pena).

(2) Si bien empíricamente aumenta la culpabilidad por el hecho si al momento de la comisión del mismo el imputado tenía abiertas causas penales en trámite al menos de reciente data, porque ello actualiza en la conciencia del encartado la vigencia de las prohibiciones penales, pese a lo cual no se motiva en la ley y la infringe en el hecho concreto juzgado, no puede computarse tal circunstancia como agravante ya que ello podría

rozar el principio de inocencia. No se trata de apartarse de un derecho penal de acto, por el contrario se evalúa su culpabilidad al momento de cometer el hecho concreto, pero el asunto ronda por no vulnerar el principio de inocencia. No es correcto que se diga que “No se atenta contra los principios constitucionales de inocencia e igualdad cuando se valora como agravante que el encartado registre causas penales abiertas, toda vez que dicha pauta no va dirigida a demostrar una mayor peligrosidad cuya afirmación afectaría garantías constitucionales, sino que lo relevante es la mayor advertencia e indiferencia, en cuanto capacidad psicológica de motivarse en la norma, sea que configura un hecho que permite al autor actualizar el grado de conciencia sobre los alcances de la norma y las consecuencias de su violación, y por ello importa un mayor grado de culpabilidad cuantificable en el marco del art. 41 CPen. al tiempo de la individualización de la pena”¹⁸⁹.

(3) Que se propicie aumento de pena en razón de que el imputado registre procesos en trámite, no veo que pueda tener fundamento en una mayor peligrosidad, sino en que se comprueba un mayor grado de culpabilidad por el hecho, dado que estaba actualizado de la vigencia de la prohibición penal; no obstante tal dato empírico de la actualización en la siquis (del cual no conozco estudios psicológicos que lo confirmen) en razón de que podría rozar el principio de inocencia no cabe que se compute como agravante tal anotación de causas en trámite así sean recientes y de gravedad. Acerca de este aspecto se ha dicho, aprecio erróneamente, que “No se viola el principio de inocencia porque la Cámara computó como circunstancia agravante el cometer un ilícito teniendo el imputado un proceso en trámite, siendo que en la sentencia impugnada no se ha sostenido que el acusado sea culpable del ilícito imputado en el proceso anterior, lo que evidentemente resultaría violatorio de la presunción de inocencia reconocida en el art. 18 CN., sino que quien se encuentra sometido a proceso penal - y cumpliendo una medida cautelar- está más advertido que otros ciudadanos de las responsabilidades que comporta la violación de la ley penal, y sólo a partir de ello se deriva el análisis de la

¹⁸⁹ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 14/04/2005, Partes: Pazzi, Miguel Á. y otro - Lexis N° 1/1005862.

mayor peligrosidad evidenciada por el imputado”¹⁹⁰. No voy a poner en duda tal actualización en la mente del autor de que no debía cometer el delito por el cual se le juzga, pero el problema como dije es que parece ser que cargándolo con tal agravante se vulnera el principio de inocencia. Cabe compartir que "Resulta arbitraria la sentencia del tribunal de juicio que valoró como agravante de la pena impuesta al imputado la existencia de "procesos en trámite" sin reparar en que este fundamento atenta contra el principio de inocencia que recepta nuestra Constitución Nacional en su art. 18, así como también el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el art. 11 inc. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el art. 14, inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”¹⁹¹.

(4) “En la determinación de las sanciones endilgadas a personas que revestían la calidad de oficiales de la fuerza de seguridad al momento de cometerse los hechos, siempre cabe considerar el mayor grado de responsabilidad que el estado policial y la jerarquía aparejaba”¹⁹².

(5) La ausencia de condenas es atenuante aun cuando presente el inculpado causas en trámite. Por tanto la calidad de primario implica que deba ser considerada circunstancia atenuante cuando la persona registra anotadas pluralidad de causas en trámite¹⁹³. Y cabe agregar que si se

¹⁹⁰ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 01/03/2006, Partes: Báez, Alberto E. s/privación ilegal de la libertad agravada. Lexis N° 14/109825 ó 14/109826. Magistrados: Kogan, Soria, Genoud, Pettigiani, Roncoroni, Hitters, Negri, de Lázzari, Domínguez. Expediente: P87141.

¹⁹¹ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, Fecha: 06/06/2003, Partes: Tsusinsky, Julián y otro. Lexis N° 1/66682 ó 1/65471 ó 1/66388. Publicado: JA 2003-IV-657.

¹⁹² Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Lexis N° 14/102240. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

¹⁹³ Pareciera admitir la atenuación con la sola ausencia de condenas CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 200; admiten la atenuación si a la ausencia de condenas se suma una vida intachable, MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 164.

juntan la ausencia de condenas y la ausencia de causas en trámite corresponderá una doble atenuante.

(6) Se sostiene que a los fines de valorar la personalidad moral del encartado es incorrecto tener en cuenta otros procesos que tuviera en trámite¹⁹⁴. En efecto ello es correcto en lo que refiere de modo circunscrito a su personalidad moral, aspecto que sí puede ser evaluado por el concepto vecinal, y que sólo podrá operar como atenuante, porque de otro modo se juzgaría su vida y no el hecho concreto. Los procesos en trámite no obstante su pluralidad y proximidad en fecha a la del hecho juzgado, no cabe que sean tenidos en cuenta para graduar una agravante por incremento de culpabilidad en razón de la actualización de la vigencia de las prohibiciones penales que corresponde atribuir a dicha intervención del sistema punitivo sobre el inculpado, porque a fin de cuentas tal conclusión roza el principio de inocencia.

(7) Las condiciones de salud del individuo cabe que sean consideradas en caso de enfermedades graves como atenuante a fin de la medición de la pena¹⁹⁵. Es correcto que por principio de humanidad se tenga presente como atenuante aquellas circunstancias de salud que hieren actualmente de modo serio la integridad sicofísica del imputado, por ejemplo VIH. Incluso tal circunstancia cabe ser tenida aun cuando el imputado en la comisión del delito evidenció descuido por posibilidades de contagio sobre la víctima u otras personas. En este caso habrá por un lado una agravante y por el otro una atenuante. Por ejemplo en el abuso sexual efectuado por personas portadoras, se ha expresado incorrectamente que “Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se reclama contra la valoración como atenuante del estado terminal de salud de los procesados, producido por el Sida, si no se demuestra que esa circunstancia no evidenciaría un índice de mayor peligrosidad. (Del voto en disidencia del Juez RODRÍGUEZ VILLAR)”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ C. Nac. Casación Penal, sala 2º, 6/6/2003 – Tsusinsky, Julián y otros, JA, 2003-IV-657.

¹⁹⁵ C.S.J., 21/4/30, JA – 32/926.

¹⁹⁶ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 31/05/1994, Partes: P., A. A. G., S. M. d. L. s/ Robo de automotor grado de tentativa. Lexis N° 14/56675. Magistrados:

(8) También ingresan en consideración en este punto las cuestiones de las mermas de imputabilidad o imputabilidad disminuida o semiimputabilidad. Correctamente se ha expresado que “La personalidad “anormal” del inculpado que no alcanza a configurar una enfermedad mental, no puede operar como agravante a la hora de fijar la sanción, sino, por el contrario, como atenuante toda vez que opera como un factor limitante de la libertad que torna más dificultosa la elección de la conducta debida”¹⁹⁷.

(9) Es correcto concluir en que “Dado que todo procesado tiene el derecho a que al momento de fijar el monto de la pena que se le impondrá el tribunal incluya los aspectos que hacen a su atenuación, no corresponde omitir circunstancias de elemental importancia como son la falta de antecedentes condenatorios o procesos en trámite y la pérdida de un hijo antes del hecho”¹⁹⁸. Ya menté que la ausencia de condenas anteriores pese a la presencia de causas en trámite debe ser considerada atenuante. Ahora cabe agregar que sin perjuicio de la atenuante que corresponda por ausencia de condena, la no registración de procesos en trámite debe funcionar independientemente como otro atenuante. No debe llevar a errores pensar que la veda de considerar agravante la presencia de causas en trámite, deba evitar por simetría que se pueda considerar atenuante la ausencia justamente de procesos en trámite. El fundamento de ello es que empíricamente la presencia de causas en trámite obra como un incrementador de la conciencia de la vigencia de las prohibiciones penales y con ello hay un aumento de culpabilidad a la hora de cometer el presente delito, lo que sucede es que no puede ser computable ya que de alguna manera se rozaría la operatividad del principio de inocencia. En cambio en el sentido inverso, la ausencia de procesos en trámite puede ser considerado como una merma de culpabilidad por tal falta de actualización y

Rodríguez Villar, Ghione, Mercader, San Martín, Laborde, Pisano, Negri, Salas, Vivanco.

¹⁹⁷ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 27/11/2003. Partes: Yschuk s/Recurso de casación. Lexis N° 14/102246. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 4189. Sin disidencia.

¹⁹⁸ C. Nac. Casación oPenal, sala 1°, 11/4/2003, Cabaña, Roberto M., LNO nro 30010208.

precisamente su consideración en ese sentido no afecta el referido principio de inocencia, lo cual torna operativa la atenuante. Cabe preguntarse si la presencia de una o más condenas hacen que no deba considerarse la ausencia de causas en trámite como atenuantes: evidentemente en este caso la presencia de una condena es obstáculo para que ajenamente se pueda considerar atenuante la ausencia de causas en trámite, porque justamente dicha condena representó en su momento ya una anotación de proceso en trámite que no puede ser borrado por haberse transformado en condena. Luego, por otro lado, en cuanto a la pérdida de un hijo o familiar muy próximo, ello por principio de humanidad cabe ser considerado, lógicamente debe tratarse de un hecho próximo al hecho juzgado.

(10) Es correcto que “En la determinación de las sanciones endilgadas a personas que revestían la calidad de oficiales de la fuerza de seguridad al momento de cometerse los hechos, siempre cabe considerar el mayor grado de responsabilidad que el estado policial y la jerarquía aparejaba”¹⁹⁹. Este concepto es extendible a los funcionarios públicos en términos amplios y según la jerarquía que revistan. Cabe plantearse si en cualquier clase de delitos agrava la circunstancia de ser hombre del estado. Sin duda que en aquellos delitos vinculados de modo directo o indirecto a la función estatal, operará como agravante al momento de individualizar la pena. Si ya estuviera dilucidado en el tipo penal, habrá de estarse a la jerarquía que revista la persona. Para las jerarquías altas al momento de graduar pena igualmente cabe agravar, sin que exista doble valoración. Es discutible que se agrave por hecho completamente ajenos a la esfera de actuación del policía o del funcionario público. Pero estimo que en la organización actual de la sociedad, en que el estado representa un órgano trascendente, cabe como regla (sin perjuicio de las excepciones que en los casos concretos pueda determinarse) estimar como agravante la circunstancia de su calidad de funcionario estatal. En efecto, que personas que se desempeñan en el poder ejecutivo, judicial o legislativo incurran en abusos sexuales, robos, defraudaciones, delitos ambientales, etc., estimo amerita un apéndice de

¹⁹⁹ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Lexis N° 14/102240. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

agravación por tales calidades, con la consecuente ponderación e la jerarquía respectiva. Maurach indica que la calidad de funcionario representa, por lo general, causal de agravación de la pena. Y precisa que con toda seguridad rige tal agravación para hechos punibles que no tienen relación alguna con la actividad de servicio del funcionario. Luego, de modo distinto al aquí propiciado, estima que hay doble valoración cuando la calidad de funcionario tenga efecto fundante de la pena²⁰⁰.

(11) Puede contar la embriaguez o la drogadicción cuando tales estados se encuentran presentes en el momento del hecho. De allí que estimo corresponde cuadrar tales situaciones, allende que sean enfermedades crónicas o no, en la conducta precedente. Por tanto remito a lo allí expuesto sobre tales aspectos.

(12) Aunque es sumamente discutido en doctrina y jurisprudencia, estimo que es acertado sostener que "La imputabilidad o capacidad de culpabilidad notablemente disminuida no es una forma autónoma de "semi-imputabilidad" que se halle entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de inimputabilidad que opera como atenuante al momento de graduar la pena del homicidio pues señala mayor dificultad del autor para motivarse en la norma pero sin excluir la capacidad de reproche"²⁰¹. Ello así porque no es controvertido que una merma de capacidad de culpabilidad, debe ser traducida, en alguna medida, en la graduación de la pena. Ello surge por criterio que se desprende del art. 34 en conjunción con el imperativo del art. 40 CP que establece que deben ser consideradas las circunstancias del caso concreto a fin de graduar atenuantes y agravantes, y además en razón de que debe evaluarse los motivos que determinaron delinquir conforme inciso segundo del art. 41 CP.

(13) La calidad de extranjero no tiene efecto agravante o atenuante, por lo que es incorrecto agravar la pena por considerar que, con ocasión de la comisión del hecho punible, el extranjero ha abusado de la hospitalidad que

²⁰⁰ MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 172.

²⁰¹ Tribunal: Trib. Crim. Necochea, n. 1, Fecha: 02/07/2007, Partes: Hansen, Fabián G., Lexis Nº 1/70038306-1.

se le brinda. En cambio, un tratamiento diferencial será para un extranjero, con relación a infracciones menores a la ley de estupefacientes, la evaluación del error de prohibición²⁰².

(14) La elevada posición profesional o social del autor puede tener efecto agravante²⁰³.

(15) Es incorrecto restar peso a la ausencia de antecedentes porque el hecho haya sido grave o haya tenido carácter vandálico. La falta de antecedentes, me refiero al autor primario y sin causas en trámite representa dos ítem que obligatoriamente deben ser considerados atenuantes, así se trate de un hecho aberrante. Porque así lo dispone el derecho positivo argentino en las pautas para la conformación de la pena. Por tanto no es acertado sostener que “El peso específico de cada circunstancia minorante o agravante debe ser medido por el juez en función de las circunstancias del caso (art. 171 Const. Prov.). Vale decir que los antecedentes personales del autor, la reincidencia, la agravación del daño infligido y la conducta procesal obstructiva o dilatoria entre las agravantes, o la ausencia de antecedentes, el buen concepto vecinal, los hábitos de trabajo, la reparación del daño causado y el arrepentimiento demostrado entre las minorantes, tendrán distinto protagonismo en las especies juzgadas. Consiguientemente, si el hecho ilícito aparece como fruto de una forma asociada de delinquir y enmarcado en un acontecer casi vandálico, la ausencia de antecedentes sólo puede incidir en porción menor en la pena por discernir”²⁰⁴.

(16) Las causas en trámite por hechos posteriores al cometido, no cabe que sean tenidas en cuenta como agravantes de pena.

²⁰² MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 172.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

(17) La razón por la cual se considera atenuante que una persona resulte primaria y no tenga causas en trámite no se refiere a un premio por buena conducta, sino que se trata de un aspecto de culpabilidad, el cual se diferencia respecto de quien actuó delictivamente pese a tener condenas anteriores o causas en trámite que activaron su conciencia de la prohibición penal (que aquí se mente la actualización de la culpabilidad por tener causas en trámite no debe ser confundida con el rechazo de la procedibilidad de dicha situación en razón de que se vulneraría el principio de inocencia. Por tanto aquí no niego tal dato empírico que consiste en una agravación de la culpabilidad por tener causas en trámite, pero sí se expurga tal agravante porque vulnera el principio de inocencia). Se vincula la merma de pena asimismo con una cuestión de prevención especial positiva, que hace que deba atenuarse la pena de quien no ha cometido delitos. De allí que el hecho de que el imputado hubiera cumplido recientemente los dieciocho años de edad, no resta operatividad a la aplicación de atenuantes por ser primario y no tener causas en trámite. Razonar que el imputado no pudo tener anotaciones de condena o causas en trámite dado que en forma reciente alcanzó la imputabilidad penal plena, implica atribuirle una finalidad a la disminuyente por ausencia de antecedentes que excluye y no se corresponde con la de evaluación de culpabilidad mentada y merma de aplicación de pena por conveniencias de prevención especial positiva, que cabe propiciar ante la situación de quien reviste su condición de primario y se encuentra sin registrar causas en trámite. Por ello es incorrecto sostener que “Es atenuante la reducida edad del imputado -18 años- al tiempo del hecho, pero no lo es la falta de antecedentes penales y contravencionales, irrelevantes dada esa edad”²⁰⁵.

e) Sensibilidad a la pena y susceptibilidad de la pena

²⁰⁵ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 25/08/1987, Partes: M., D. R. s/ Tentativa de robo agravado - Privación ilegal de la libertad. Lexis N° 14/16458. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Negri, San Martín, Vivanco. Publicado: BA B10121.

(1) Se ha diferenciado entre (a) sensibilidad a la pena y (b) susceptibilidad de pena²⁰⁶ o receptividad de la pena²⁰⁷, diferenciación compleja que como se verá no resulta clara al menos en su aplicación a casos concretos. La primera expresión -sensibilidad a la pena- se dice que significa que una persona padece más que otra la objetiva imposición de idéntica magnitud de pena. Tal explicación sobre este primer concepto resulta en abstracto entendible, aunque cabe apuntar que la idea choca con la noción en principio admitida que sostiene que la generalidad de las personas resulta igualmente sensible al encierro en prisión dentro de márgenes prudenciales (márgenes dentro de los cuales las diferencias no cabe que sean atendidas), sin perjuicio de situaciones excepcionales de enfermedad o disminución de las capacidades psicofísicas, casos en que sí es correcto y admisible de modo también general distinguir la diferencia de sensibilidad por una cuestión de humanidad. Se suele sostener que las diferencias de sensibilidad a la pena cabría vincularlas a la culpabilidad, porque se dice que la medida de ésta se corresponderá con una magnitud de pena diferente según la dureza con que la pena afecte al receptor²⁰⁸. Pero estimo que en lo relativo a casos claros y excepcionales de sensibilidad a la pena, amén que ellos sólo operarán como atenuantes, no corresponde vincularlos a una cuestión de culpabilidad si no de humanidad. Peligrosamente se llega a distinguir entre el reo curtido y el primerizo para graduar diferentes penalidades porque supuestamente el primero tiene mayor resistencia mientras que al segundo se le vendría el mundo abajo²⁰⁹, cuestión que difícilmente pueda ser admitida en razón del principio de igualdad ante la ley y en razón de que tal supuesto no se halla empíricamente acreditado. Con tal noción podría hasta sostenerse que el reo proveniente de un ambiente marginal de miseria y que ha estado detenido por varias causas en trámite por resultar más habituado a tal situación le corresponde una pena mayor que a determinada persona de un estrato social de clase alta no habituado a las incomodidades del

²⁰⁶ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 311.

²⁰⁷ MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, I., nro. 117.

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ *Ibíd.*

encierro y la pobreza. A este respecto, cabe apuntar lo desechable de la moción. Luego, la segunda expresión -susceptibilidad de pena- significa que el efecto positivo (resocializador) o negativo (desocializador) de la misma pena puede ser distinto en diferentes infractores, aspecto que cabe apuntarlo resulta prácticamente de imposible demostración. La cuestión de la sensibilidad de la pena es un asunto peligroso, y debe ser admitido no en un sentido amplio y abierto referido a condiciones personales del autor o a su personalidad, sino solamente a situaciones excepcionales, como enfermedades muy graves o terminales en curso avanzado, personas ciegas, extranjeros que no hablen el idioma nacional, etc. Después, la sensibilidad a la pena sólo puede operar como merma de pena, no cabe admitirla como incrementador bajo la insostenible idea de que hay personas que toleran naturalmente la sanción penal, por resultar más duras o entrenadas o por haber experimentado situaciones de encierro previas. La cuestión de la sensibilidad de la pena no cabe que sea considerada como una cuestión de culpabilidad, sino humanitaria con relación a situaciones especiales de disminución de la salud o de reducción de las capacidades básicas. Ello al menos con relación a la pena de prisión. Diferente es la consideración de la pena de multa en la cual deberá tenerse en cuenta la situación económica del condenado, pero de ninguna manera cabe hacer extensivo este criterio de la multa a la situación de sensibilidad de la pena de prisión. La pena de privación de la libertad, como regla, afecta a todos por igual porque el uso de la libertad ambulatoria se tiene por admitido que constituye un goce del que disponemos los seres humanos de manera similar, por lo que su restricción nos afecta en principio y por norma a todos de la misma manera, por tanto sólo excepcionalmente por razones de humanidad, podrá haber mermas de sanción. En cambio la pena de multa por regla no afecta a todos por igual ya que la situación patrimonial es diferente para cada persona en la sociedad real en que vivimos, por tanto iguales monto de pena de multa producirán un mal diferente según la situación económica de cada condenado. De allí que traspasar el criterio utilizado para graduar la pena de multa para la medición de la pena de prisión, hurgando en diferencias de personalidad que soporten más o menos el sufrimiento que conlleva el encierro es un grave error de apreciación, que hoy día cabe rechazar en su aplicación de modo terminante, con las salvedades apuntadas.

(2) La sensibilidad a la pena operaría atenuatoriamente con relación a una elevada edad o casos de enfermedad grave, en particular con referencia al sida o cáncer. En realidad, se trata de situaciones en que a la imposición de la pena en su correlación con la infracción a la norma se oponen impedimentos de carácter humanitario que cabe atender. La sensibilidad a la pena admitida como concepto vinculado a situaciones de enfermedad grave o de ancianidad unida a un deterioro marcado, permitiría la disminución de la magnitud penal, o la admisión de la remisión de condena, lo cual no significa que haya una menor infracción a la norma, sino que la utilidad de la pena cede su rendimiento a obstáculos brindados por la dignidad del ser humano y por el mínimo de solidaridad humanitaria que cabe respecto del reo.

(3) Zipf dice que un mayor grado de sensibilidad a la pena admite una menor intervención penal logrando una mayor humanización del Derecho Penal, sin afectar por ello a la efectividad de la lucha contra el delito²¹⁰. El problema está en lo que se debe admitir como mayor sensibilidad a la pena, situación que conforme la posición aquí sostenida resultar de índole excepcional y referida casi de modo excluyente a enfermedades graves que por su actual afectación de la salud del condenado permitan una merma, en razón de principio de humanidad, de la pena a aplicar.

(4) Bruns considera que el principio de igualdad no impide la apreciación de la personalidad del delincuente, pero que ello no debe conducir a privilegiar a determinados grupos de la población^{211 212}. No cabe compartir en los términos expuestos la noción amplia de la evaluación de la personalidad a fin de considerar una merma (menos aun un incremento) en las magnitudes de pena. Según la posición aquí sostenida se trata la cuestión de la sensibilidad a la pena de situaciones excepcionales vinculadas casi de modo absoluto a afectaciones serias o terminales de la

²¹⁰ Conforme, CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 312.

²¹¹ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 140.

²¹² BRUNS: *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, p. 501.

salud del condenado (o expectativa de vida muy reducida), que obligan, por principio de humanidad, a reducir la pena.

(5) Es correcto sostener que “resulta contrario a derecho admitir una pena mayor debido a una escasa susceptibilidad a la pena”²¹³.

(6) Es acertado sostener que en cuanto a la multa, deberá tenerse en cuenta la situación económica del reo, conforme al art. 21 del CP.

(7) La mayoría de la doctrina alemana²¹⁴, ver por todos Bruns²¹⁵, sostiene que puede trasladarse el concepto de sensibilidad a la pena o de susceptibilidad de pena para la privación de libertad, desde la admisibilidad de dicho concepto para la pena de multa. Ya he indicado que la libertad ambulatoria o su restricción por principio y de modo general constituyen un aspecto que de modo igualitario caracteriza a todos los seres humanos. En cambio, la pena de multa afecta según el patrimonio de cada persona. De allí que es erróneo traslada el criterio utilizado para la medida de la pena de multa, al de la medida de la pena de prisión.

III. La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos

a) La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir

(1) Cuando la ley establece que se deba tener en cuenta la calidad de los motivos que determinaron al imputado a delinquir, insta una pauta de individualización de la pena, que puede resultar agravante o atenuante, y que

²¹³ CRESPO: *Prevención general e individualización judicial de la pena*, p. 311.

²¹⁴ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 140.

²¹⁵ BRUNS: *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, p. 497.

se refiere a uno de los perfiles de la culpabilidad, en concreto a que se evalúen los motivos por los cuales el autor obró de modo contrario a derecho, analizándose la distancia entre el motivo y lo que se esperaba que el autor debía hacer o evitar hacer. Como modo de evaluar esta pauta de graduación de la pena, estimo que ha de estarse a que la gradiente de gravedad del motivo estará dada por la mayor o menor hostilidad de éste con ordenamiento jurídico. Es correcto que resulte menos reprochable quien mata por venganza que quien lo hace por placer, o quien roba por necesidad a quien roba por codicia²¹⁶. La función de la culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto²¹⁷. En otras palabras: la mayor o menor contrariedad con el derecho de los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho resultará decisiva para establecer el grado de culpabilidad, y, en ese sentido, puede sostenerse que la reprochabilidad de la conducta será tanto menor, cuanto más se acerque la intención del autor a la protección de un bien jurídico²¹⁸.

(2) Se ha expresado que “Cuando el motivo que determinó a delinquir al procesado es deleznable ello evidencia fragilidad inhibitoria y, en igual medida, mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2 C.P.)”²¹⁹. Aquí se cuadra la calidad del motivo en un juicio de peligrosidad. Creo que ello es incorrecto, salvo que se entienda que todas las pautas del inciso segundo se remiten a un juicio de peligrosidad, cosa que no veo acertada. Del texto de dicho inciso segundo, se desprende que con relación a la peligrosidad se limita el examen a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aspecto que si bien amplio, cabe ceder espacio a la especificidad de la pauta de la calidad de los motivos que se circunscribe a un contenido de mayor o menor culpabilidad por el hecho. Lo que sin duda no puede hacerse es hacer cuadrar el motivo deleznable en las dos pautas, porque se cargaría dos veces por una misma circunstancia.

²¹⁶ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto II., 3.

²¹⁷ JAKOBS: *Derecho Penal. Parte General*, Apartado 17, III., A.

²¹⁸ ZIFFER: *Lineamientos*, p. 133.

²¹⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 04/06/1985, Partes: G., J. H. s/ Robo gravado - Lexis Nº 14/52953. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Mercader, San Martín, Negri, Cavagna Martínez, Salas.

(3) A modo de clasificación, Jescheck diferencia entre estímulos externos (penuria económica, instigación política) y móviles internos (codicia, odio, compasión)²²⁰. Cabe precisar que a fin de cuentas el móvil siempre tendrá paso por la mente del inculpaado y la conducta consecuente se referirá a un bien jurídico protegido, por lo que no parece que tal clasificación agregue luz sobre el asunto.

(4) Útil es el ejemplo que da Jescheck, cuando informa que no es igual para el contenido de culpabilidad el hecho de que un médico suministre a un moribundo una dosis excesiva de morfina para liberarle de sus sufrimientos, o que haga lo mismo un cazador de herencias para impedir que el enfermo altere el testamento antes de morir²²¹. En el primer caso habrá un disminuyente de pena, en el segundo, un agravante. En ambos casos se mató, en ambos casos se quiso matar, pero el motivo fue distinto. Podrá discutirse si el motivo de pretender evitar el sufrimiento, por ejemplo, proviene de una pauta ética o de una jurídica, pero en cualquier caso tal pauta de valor no resulta cuestionable, y, por consiguiente hay menor grado de culpabilidad en el delito que debe traducirse en una merma en los montos punitivos. Debe asignarse por tanto un quantum de dicha atenuante a fin de incorporarse al resto de las pautas de medición.

(4) Es correcto sostener que “El fundamento de la cláusula in fine del art. 80 inc. 1 CPen., es decir, la hipótesis de lenidad, debe buscarse en la calidad de los motivos que determinan una razonable o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre o a la calidad de cónyuge, razonabilidad que encuentra su génesis fuera del propio individuo. O, dicho de otro modo: la disminución de la pena debe hallarse en la menor culpabilidad del agente, que ha sido engendrada fuera de sí mismo, en hechos o circunstancias a los que la ley llama extraordinarios y capaces de atenuar”. Este criterio puede extenderse a otros delitos en los que situaciones de similar caracterización, por ejemplo de

²²⁰ JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 803.

²²¹ *Ibíd.*

provocación, tornen admisible la aplicación de un disminuyente que cuadre en la calidad de los motivos²²².

(5) Los criterios de la última parte del art. 80, cabe sean admitidos en otra categoría de prohibiciones penales como disminuyentes, en la calidad de los motivos que determinaron al procesado a delinquir. Tales criterio que estimo extendibles a otros delitos se han patentizado cuando se expresó que “La circunstancia preexistente o concomitante al delito, a pesar de no constituir emoción violenta y excusable, debe constituir, en el momento del hecho, un motivo incitante hacia el crimen de poder excepcional para juzgar la aplicación de la atenuante del art. 80 in fine CPen. Lo importante es que el hecho tenga forma de expresión material como manifestación de voluntad y que pueda ser considerado de naturaleza insultante; que tenga carácter o forma de agravio, afrenta, ofensa, deshonra, aunque técnicamente no constituya injuria grave, ya que este término no debe interpretarse en el sentido legal especial o habitual, puesto que él abarca toda afrenta grave, por ejemplo el adulterio de la esposa. Debe recalcarse que el hecho provocador debe ser de naturaleza tal que permita al juzgador (que es quién aprecia la gravedad), contemplarlo frente a la emoción violenta; si hubiera podido de acuerdo a las circunstancias, hacer excusable ese estado emocional que en la hipótesis de que se trata no se dio para alcanzar la atenuante mayor”²²³.

(6) “Es atenuante la calidad de los motivos que determinaron al procesado a delinquir, probados por vía confesoria, en tanto procuraba dinero para facilitar el viaje de su madre a otra Provincia con motivo de hallarse gravemente enferma la madre de ésta”²²⁴. Es menos reprochable quien roba para obtener

²²² Tribunal: Sup. Trib. Just. Jujuy, Fecha: 19/10/1999, Partes: L., D. J. s.a. HOMICIDIO CALIFICADO POR VÍNCULO. Lexis N° 26/503. Magistrados: TIZÓN, DEL CAMPO, VALDECANTOS, ARNEDO, NOCETI. Expediente: 6817/99.

²²³ Tribunal: Sup. Trib. Just. Jujuy, Fecha: 19/10/1999, Partes: L., D. J. s.a. HOMICIDIO CALIFICADO POR VÍNCULO. Lexis N° 26/500. Magistrados: TIZÓN, DEL CAMPO, VALDECANTOS, ARNEDO, NOCETI. Expediente: 6817/99.

²²⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 25/08/1987, Partes: M., D. R. s/ Tentativa de robo agravado - Privación ilegal de la libertad. Lexis N° 14/16457. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Negri, San Martín, Vivanco. Publicado: BA B10120.

dinero a fin de efectuar un hecho valorado positivamente desde principios éticos incuestionables que se hallen traducidos en valores jurídicos, y en el marco de una situación condicionante de bienes jurídicos fundamentales como es la salud de un familiar inmediato. Se verifica en este supuesto una aplicación del criterio de estado de necesidad del art. 34 inc. 2° y 3° CP, ya que sin llegar a cuadrar el caso en situación justificante o disculpante, el criterio a fin de individualizar la medida de la culpabilidad y con ello la medida de la pena se torna aplicable.

(7) La futilidad de los motivos obra como agravante del delito, en razón de que torna más reprochable la infracción por incremento de culpabilidad. Correctamente se ha expresado que “La circunstancia de que el inculpaado se haya negado a declarar no autoriza a sostener que resultaron improbadados los motivos que determinaron el obrar luctuoso del acusado y, por ende, estimar inaplicable la agravante de futilidad en los motivos, desde que tales circunstancias resultan acreditables a través de cualquier clase de probanzas que resulten idóneas”²²⁵. Luego, cabe puntualizar que sería un error desprender el motivo del hecho. Justamente el motivo que conduce a efectuar un hecho se materializa en la comisión del hecho, y por lo tanto se encuentra directamente vinculado al hecho. Por tanto ninguna razón hay para fundamentar la aplicación de una agravante por culpabilidad en razón de la calidad de los motivos que llevaron al procesado a cometer el hecho, en el hecho de que es posible tomar consideraciones ajenas al hecho, porque en el supuesto bajo análisis, justamente, es en el hecho donde confluye el motivo. Por ello estimo que no es el camino adecuando sostener que “La prohibición de condenar por conducta de vida o, dicho en otros términos, hacer derecho penal de autor, no implica sostener que, al momento de graduar la sanción, los únicos criterios rectores sean los vinculados al hecho, sin referencias al sujeto y sus motivaciones, puesto que el art. 41CPen. establece sin cortapisas que, a los fines de graduar la sanción, los jueces fijarán la condenación teniendo en cuenta, entre otras pautas, “la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir”²²⁶.

²²⁵ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, Fecha: 01/06/2006. Partes: Aguirre, Ricardo G. Lexis N° 1/70025941-2.

²²⁶ Ibid

(8) La codicia o marcada ambición de apropiarse de bienes ajenos, de modo ilegítimo, con desprecio de normas de convivencia, también puede resultar en un mayor grado de culpabilidad en razón de dicha motivación. Lógicamente, habrá de fundamentarse en qué consiste precisamente tal codicia o marcada ambición de modo que se distinga del grado de motivación normal que corresponde asignar o atribuir a quienes ejecuten tal entidad o categoría de delitos. En tal sentido se sostuvo que “En el proceso de determinación de la pena, conforme a los lineamientos brindados por los arts. 40 y 41 CPen., perjudican al autor, la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y la reiteración delictiva, ya que los tres hechos presentan similitud en orden a la violación de un mismo bien jurídicamente tutelado, que no es otro que el uso y goce pacífico de un inmueble, que aún se mantiene en la ocupación de los mismos, que los motivos que lo determinaron a delinquir reflejan una clara ambición para apropiarse de bienes ajenos bajo el pretexto de haber adquirido derechos, con total desprecio por elementales normas de convivencia, como la regla contenida en el art. 2468 CCiv., que reza: “Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, no a la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa, debe demandarla por las vías legales”. Sin embargo, a la par de estas circunstancias desfavorables, concurren otras que deben computarse a su favor tales como la falta de antecedentes penales computables, y la sujeción al proceso concurriendo a las sucesivas audiencias bajo la simple citación. Por todo ello estimo que corresponde aplicarle como sanción la pena de dos años de prisión en forma de ejecución condicional, este último beneficio en razón de las mismas condiciones evaluadas como favorables al mensurar la pena, con costas (arts. 5, 26, 29 inc. 3, 40 y 41 CPen. y 550 y 551 CPP.). Fijar como reglas de conductas por el término de dos años la obligación de fijar residencia y realizar tareas no remuneradas en el vivero municipal o provincial de la localidad de Villa Quilino, dos veces a la semana en horario que no afecte sus condiciones de trabajo habituales (art. 27 bis CPen.). Corresponde hacer cesar los efectos de los delitos, y en consecuencia ordenar el inmediato desalojo del acusado, y/o personas puestas por él en los inmuebles objeto de las respectivas usurpaciones (art. 29 inc. 1 CPen.)”²²⁷.

²²⁷ Tribunal: C. Crim. Corr. Civ. Com. Familia y Lab. Deán Funes, Fecha: 18/02/2005, Partes: BULA, JOSÉ C. s/P.S.A. DE USURPACIÓN ETC. Lexis Nº 32/5393.

(9) Es evidente que cuando el texto de la ley dice que deberá tenerse en cuenta la calidad de los motivos, el plural utilizado en la palabra “motivos”, no implica que no opere tal consideración cuando se trata de un solo motivo. Por ello es correcto que se haya resuelto que “Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se afirma que la primera reincidencia sólo debería incidir en el cumplimiento total de la sanción impuesta y no en la graduación punitiva, si en el inc. 2 del art. 41 CPen. el término reincidencias en plural involucra al singular, pues el mismo inciso incluye otros plurales tales como los “motivos que lo determinaron a delinquir”, “antecedentes y condiciones personales”, etc., sin que por ello sea razonable interpretar que, por ejemplo, no pueda computarse un motivo para delinquir porque la norma exigiría varios”²²⁸.

(10) Aumenta el grado de culpabilidad en el homicidio el hecho de que se haya ejecutado la acción con motivo de una deuda que la víctima tenía con el victimario. Correctamente se ha sostenido que la “La futilidad del motivo para matar -en el caso que la víctima adeudase una suma de dinero- constituye agravante”²²⁹.

(11) La futilidad como motivo reconocido para el homicidio debe ser cuadrada en una pauta. Creo que la más adecuada, por su especificidad es la de la calidad del motivo, y no como juicio de mayor peligrosidad. De cualquier modo, acerca de lo que no puede haber dudas, es que sólo en una de ellas podrá computarse tal circunstancia. Al respecto, se ha dicho que “Debe computarse

Magistrados: RUIZ.

²²⁸ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 18/02/2004, Partes: Longo, José s/robo agravado por el uso de arma. Lexis N° 14/99039. Magistrados: Genoud, Negri, Roncoroni, De Lázzari, Soria. Voto: Genoud. Tipo: Definitiva. Expediente: P 60974. Sin disidencia.

²²⁹ Tribunal: C. Crim. y Corr. Pergamino, Fecha: 06/11/1994. Partes: B., C. O. -. B., G. B. s/ Homicidio - Juicio Oral. Lexis N° 14/1835. Magistrados: LEVATO, IPIÑA, GESTEIRA.

Publicado: BA B2825126.

como agravante en los términos del art. 41 inc. 2 del C.P. la futilidad del motivo que llevó al procesado a delinquir por ser revelador de mayor peligrosidad”²³⁰.

(12) Se ha considerado agravante la comisión de un delito por motivos de cuestiones de negocio de juego²³¹.

(13) Correctamente se han considerado atenuantes, dentro de la calidad de los motivos que determinaron a efectuar el delito, los motivos éticos, sentimientos de protección de tercero frente a quien se consideraba un malhechor, la provocación de la víctima, o la negativa a pagar el sueldo estando el autor en la miseria²³².

(14) La dificultad para insertarse laboralmente debe ser considerada como atenuante si ella obró como un motivo para la comisión del delito, y, correctamente en rigor debe encuadrarse en la pauta de dificultad de ganarse el sustento.

b) El comportamiento de la víctima como motivo

(1) El comportamiento de la víctima cabe ser tenido en cuenta para graduar la pena del autor, cuadrando tal pauta en los motivos que lo determinaron a delinquir. En efecto, como regla puede decirse que influye el comportamiento de la víctima que da razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada²³³. Se trata de modo general de un motivo que da

²³⁰ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 17/08/1990, Partes: C., R. P. s/ Homicidio. Lexis Nº 14/53715. Magistrados: San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Laborde, Ghione. Publicado: BA B60294.

²³¹ C.F. Bahía Blanca, 14/4/32, JA-37-1275.

²³² Ver DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 708.

²³³ Así, MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 159.

la víctima para que el autor se determine a la comisión del hecho, por lo cual cabe descontar esa parte de responsabilidad que se le atribuye a la víctima del grado de culpabilidad asignable al autor por el hecho cometido. Habría ya responsabilidad de la víctima cuando conozca determinadas condiciones en las cuales existen posibilidades de padecer lesión. La infracción a los deberes de autoprotección es asunto de imprudencia²³⁴. Pero no resulta siempre claro cuándo se releva de responsabilidad penal al autor con respecto a la víctima imprudente. Por ello habrá de verificarse si la víctima se desempeñó en el rol de víctima o si actuó a riesgo propio²³⁵.

(2) Si la víctima acepta un contacto riesgoso no puede despegarse de él: quien tiene trato sexual con la persona drogodependiente o con quien se prostituye actúa a propio riesgo en lo que a contagio de SIDA refiere²³⁶.

(3) En homicidios en los cuales la víctima haya estimulado de manera imputable la comisión del hecho, deberá meritarse ello para la medida de pena²³⁷. En este supuesto el hecho delictivo en alguna medida resulta imputable a la víctima, aspecto que cabe descontar en la medida de la pena graduada al autor. Aquí por ende ingresa el comportamiento de la víctima como un atenuante al cual corresponderá asignársele un monto punitivo a descontar. Parece correcto que el fundamento sea una merma de culpabilidad respecto del autor del hecho puesto que le es menos reprochable la realización de la conducta en cuya determinación obró el comportamiento de la víctima como estímulo.

(4) El comportamiento de la víctima que coopera a la agravación de su propio daño debe verse reflejado en la medida de la pena, porque el grado de culpabilidad²³⁸ relativo al daño causado es menor. Es correcto mitigar

²³⁴ JAKOBS: *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 36.

²³⁵ *Ibíd.*, p. 37.

²³⁶ JAKOBS: *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 36.

²³⁷ Así MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 159.

²³⁸ BRUNS: *Das Recht der Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für die Praxis*, p. 166 y ss.

la pena cuando el dueño de casa deja descuidadamente la puerta abierta y se va dormir, y es hurtado en consecuencia. Efectivamente, obra un estímulo en el motivo que determinó al imputado a obrar delictivamente justamente atribuible a la víctima, por haber dejado la puerta abierta, aspecto que permite afirmar que tienta al inculcado a obrar. Igual consideración para quien sale de su casa y deja abierta la puerta, porque ésta no es una conducta común. No debe pensarse que se castiga la falta de cuidado de la víctima restando pena al autor del hecho. Lo que ocurre es que el comportamiento de la víctima crea una circunstancia del hecho que hace que la conducta del imputado resulte menos culpable respecto del hecho efectuado.

(5) Sobre la actitud de la víctima: la vestimenta de la víctima como regla puede ser considerada para atenuar la responsabilidad de quien abusó sexualmente, cuando tal vestimenta es de acuerdo a lo considerado socialmente absolutamente desconcertante y peligroso para su propia integridad, siendo que de tal manera tentó al inculcado a la realización de la conducta, resultando de ello un menor grado de culpabilidad. En igual sentido: en Buenos Aires, si se roba a quien en turismo de la marginalidad pasea en un automóvil lujoso por la Isla Maciel²³⁹.

(6) Deberán ponderarse actos definidos de provocación, que guarden relación con la respuesta, que puedan disminuir la imputación del contacto al autor²⁴⁰. En casos de agresión física (ya no abuso sexual) incluso procederá alguna reducción de pena cuando la víctima erróneamente, pero no intencionalmente, causó la reacción del infractor²⁴¹, por ej.: si la víctima insultó o realizó otra ofensa.

(7) El ejercicio de la prostitución implica un riesgo relativo al abuso sexual que asume quien la ejerce. Ello deberá tenerse en cuenta para la medida de pena. Quien se exponga a zonas conocidas como peligrosas, en

²³⁹ De otro modo HÖRNLE: *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 116.

²⁴⁰ MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 159.

²⁴¹ HÖRNLE: *Determinación de la pena y culpabilidad*, p. 114.

caminatas nocturnas voluntarias, salvo que hubiere razones justificadas para dicha exposición, vulnera los deberes de autoprotección.

(8) En delitos contra la propiedad el descuido especial y la falta de precaución por parte del afectado pueden disminuir la pena del autor.

(9) Se ha dicho correctamente que “Si bien el hecho cometido por el imputado es de una gravedad considerable, concurren circunstancias atenuantes que deben valorarse a su favor al momento de la individualización de la pena a imponer, tales como la falta de antecedentes penales, su juventud, el arraigado hábito laboral, la conformación de un núcleo familiar y el hecho de que tiene una hija de un año y cuatro meses con quien convive. Asimismo la conducta de la víctima configura un atenuante de la pena, ya que su actitud delictiva -la que quedó en grado de tentativa por la intervención del aquí imputado- fue la que lo llevó a disparar y provocar el resultado luctuoso. No puede desconocerse que el imputado habría actuado en el carácter de persona asimilada a funcionario público (art. 240 CPen.) (Voto de los Dres. Catucci y Bisordi; Dr. Rodríguez Basavilbaso en disidencia parcial)”²⁴².

c) La miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos

(1) No es correcto entender que con la expresión “miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos” se mente que quepa atribuir a las personas insertas en cada sector socioeconómico un diferente ámbito de autodeterminación a los fines de la responsabilidad

²⁴² Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, Fecha: 03/10/2005. Partes: Ranno, Carlos A. s/recurso de casación. Lexis N° 22/9423. Magistrados: Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci. Número: 8119. Expediente: 8119.1.

penal²⁴³. No es ese el ámbito propio de examen de la expresión sub examine, sin perjuicio de que la diferente posición socioeconómica de las personas, como condición personal, deba ser tenida en cuenta a fin de determinar la cantidad de pena que corresponda. Por tanto, para dejar claramente expuesta la posición aquí sostenida, las diferentes posiciones socioeconómicas deben ser tenidas en cuenta, en caso de corresponder según el supuesto, para la evaluación de la individualización de la pena como aspecto o pauta con encaje en las condiciones personales del imputado. En cambio, el ámbito de consideración de la pauta en estudio, miseria, es acotado. Naturalmente no se tratan aquí los supuesto de justificación o disculpa de la pena del art. 34 CP, sino supuestos próximos a tales situaciones, pero excluidos de su admisión en las mismas, que pueden ser discernidos en el ámbito del art. 41 inciso segundo CP. Como regla la miseria o dificultad para ganarse el sustento puede obrar como atenuante en delitos de robo y hurto. El problema surge ante la generalización, cuando como en el conurbano bonaerense los aprehendidos por delitos de robos y hurtos resultan en su mayoría personas jóvenes, sin estudios, que viven en la miseria. ¿Todos ellos tienen derecho a una atenuación por situación de miseria? Desde una perspectiva de efectividad del sistema punitivo frente al delito -sería ya una filtración de política criminal en los estratos de la dogmática penal, de la teoría del delito y de la calibración de pena- correspondería rechazar la atenuante. Esa, el rechazo de la atenuante, sería la respuesta correcta desde la óptica funcionalista extrema y también desde la posición de defensa social con centro en el peligrosismo como pauta de medición de la pena. Pero desde una perspectiva que reconoce la culpabilidad tradicionalmente entendida como límite a la magnitud punitiva, la respuesta parece que debe ser otra. La situación de miseria actúa de modo general como reductora de las posibilidades de autodeterminación, esto es, como merma de culpabilidad con relación a los hechos en los que el imputado tuvo por finalidad la obtención de un beneficio económico. Por ende la respuesta a la pregunta estimo que es afirmativa en términos generales y a priori. Se trata de que en la identificación del motivo por el cual obra el inculpaado talla fuertemente su situación de miseria. Podría

²⁴³ Ver sobre ello, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto II., 5.

afirmarse, y en principio en una respuesta intuitiva no habría cuestiones para no estar de acuerdo, que cuando la ultrafinalidad del delito consiste en obtener beneficios económicos para la realización de actividades incuestionablemente reñidas con el ordenamiento jurídico, no corresponde admitir la situación de miseria como atenuante. Pero ¿cuál sería el fundamento de tal afirmación si a fin de cuentas la miseria, pauta legal cuya consideración es obligatoria, habría tallado en el ámbito de decisión del individuo? Imaginemos un joven que vive en la miseria y roba para comprar armas de fuego a fin de desarrollar la actividad delictiva. Estimo que esta situación problemática, conforme derecho positivo, se resuelve regulando como atenuante la situación de miseria, por un lado, y, como agravante, la finalidad mentada de obtener dinero para comprar armas de fuego, esta última como uno de los motivos que lo determinaron a delinquir. El razonamiento que dice que la ultrafinalidad indicada expurga o elimina la operatividad de la atenuante se contrapone con el sistema legal argentino de medición de pena que se desprende de los arts. 40 y 41 CP, porque estas normas imponen que deban considerarse las circunstancias atenuantes y las agravantes; en otras palabras, no es válido excluir una circunstancia atenuante, cuando efectivamente tuvo existencia, en razón de que haya una circunstancia agravante que también tuvo existencia. Igual razonamiento siguen quienes sostienen que en razón de la gravedad de un delito, o en razón de un motivo o finalidad deleznable, no deban operar determinadas atenuantes. Ello así porque el sistema legal argentino de individualización judicial de la pena, no permite excluir atenuantes en razón de la gravedad del delito, o de los fines que se perseguían. Otro problema peculiar se presenta si quien vive en la miseria comete delito por ejemplo de robo para, con el rédito obtenido, proveerse alcohol, efectuar apuestas u obtener favores sexuales de personas dedicadas a la prostitución. Estimo que igualmente la miseria actúa como atenuante, y como agravante obra la finalidad deleznable o fútil. Cabe aclarar que para valorar como deleznable o fútil la finalidad en cuestión debe recurrirse a aspectos de ética social dominante, porque bajo ciertas condiciones no se halla prohibido por el ordenamiento jurídico, es decir, está permitido adquirir y consumir alcohol, efectuar apuestas y hasta obtener favores sexuales por dinero. Todo ello sin perjuicio de que a quien bajo situación de adicción a las drogas o al alcohol, que cometa el

delito para proveerse de la sustancia que necesita, corresponda computarle como atenuante la merma de autodeterminación por la mentada adicción, aspecto ya ajeno a la pauta bajo estudio.

(2) Correctamente se ha considerado la miseria, no en sentido restringido, sino amplio, como una condición personal, que puede obrar como atenuante en delitos no puramente referidos a la propiedad, como por ejemplo el homicidio. En tal sentido se expresó que "La miseria del autor del delito configura una circunstancia atenuante de la tentativa de homicidio calificado por vínculo" -del voto en disidencia de los Dres. Hitters, Roncoroni y Genoud-. Dicho voto minoritario puntualizó que "Tal referencia, aunque escueta -pero ilustrada a fs. 3/4 y 91/92- permite afirmar que el estrechamiento de las alternativas vitales derivado de una existencia privada de muchos de los bienes que provee la cultura constituye un dato que, como condición personal del sujeto, debe ser evaluado pues puede configurar -en ciertas situaciones- una circunstancia de menor reprochabilidad de su conducta (arts. 40 y 41 del CPen.) (véase, Gialdino, Rolando E., "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos ". Ed. LexisNexis. JA., Buenos Aires, 26/2/2003, JA, 2003-I-9). Y como tal debe computarse al momento de individualizar la pena (Hans Heinrich Jeschek. "Tratado de Derecho Penal. Parte general". Vol. II., Ed. Bosch Casa Editoria SA. Barcelona., p. 1196. Esteban Righi y Alberto A. Fernández, "Derecho Penal", Ed. Hammurabi - José L. Depalma Editor. p. 512). De este modo, no considero a esta atenuante dentro de los estrechos límites de la expresión "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" contenida en el inc. 2 art. 41 CPen., sino -tal como lo he señalado más arriba- en tanto "condición personal" del sujeto a la cual también alude dicho texto legal y que debe ser sopesada con el fin de imponer la pena. Con esta especificación dejo aclarado que no estoy refiriéndome a las situaciones de necesidad - miseria, según el art. 41- que pueden motivar al agente a atentar contra la propiedad ajena, sino a otra cuestión diversa. Se trata aquí de reconocer que "La denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los

seres humanos en todas las esferas de su vida..." (A. A. Cançado Trindade, "Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú", 2000, C.I.D.H., Washington, citado por Gialdino, R. "La pobreza extrema..." cit., p. 9) y en consecuencia, no puede ser ignorada al momento de fijar la condenación (art. 40 CPen.)²⁴⁴.

(3) Notoriamente tendiente a admitir la situación de miseria cabe tener presente lo expresado en cuanto a que "Es procedente el Recurso extraordinario de nulidad que se encausa en la denuncia de omisión de tratamiento de una atenuante, si la defensa en su expresión de agravios contra el fallo de la instancia inferior, -entre otros gravámenes- se alzó contra el monto de pena impuesto al procesado, manifestando que debía tenerse en cuenta -con evidente signo atenuante- su "condición social... [:] analfabeto y sumido en la miseria", y el sentenciante sólo dijo coincidir con el "tratamiento de atenuantes y agravantes" realizado por el juez inferior, quien nada había dicho en torno de la posición "social" del imputado. El juzgador entonces ni explícita ni implícitamente abordó la consideración de la pauta minorante"²⁴⁵.

(4) Los criterios del art. 34 en cuanto a estado de necesidad justificante y disculpante pueden ingresar en consideración como aspectos de la evaluación del grado de culpabilidad, con encuadre por ejemplo en la situación de miseria en que se hallaba el imputado. Adecuadamente se ha expresado que "En la especie, que el estado de necesidad, también remite a una cuestión de hecho y que la situación económica de miseria que esgrime, funciona como atenuante (art. 41 CPen.), y no como una causal de eximente de responsabilidad, al menos en relación a la figura que se ventila en autos"²⁴⁶.

²⁴⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 07/02/2007, Partes: E., P. Lexis N° 1/70040153-1 y Lexis N° 1/70040153-2.

²⁴⁵ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 27/04/2004, Partes: R. D., H. s/violación calificada por el vínculo. Lexis N° 14/99211 y Lexis N° 14/99212. Magistrados: Kogan, Soria, Negri, Pettigiani, Roncoroni. Voto: Kogan. Tipo: Definitiva. Expediente: P 76074. Sin disidencia. Publicado: BA B79868.

²⁴⁶ Tribunal: Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civ. y Penal. Fecha: 25/10/1999, Partes: MARTÍNEZ, GUILLERMO ENRIQUE s/INCUMPLIMIENTO A LOS DEBERES DE

(5) Corresponde excluir por situación de miseria o hambre el comportamiento con cuadratura en hurto (de energía) pero computar aquella situación reductora de la autodeterminación en la pauta atenuante del art. 41 inc. 2 CP. Así se ha dicho que “Del hecho que el informe socio ambiental determinara que los imputados viven en precarias condiciones y que de sus declaraciones se desprenda que hurtaban energía eléctrica para poder trabajar, no se sigue, necesariamente, que resulten beneficiados por la aplicación del art. 34 inc. 3 CPen., ya que no han lesionado un bien jurídico para evitar un mal grave o inminente a otro -de equivalente jerarquía- que se pretendía salvar pues, si bien el hambre o la miseria pueden crear una situación de necesidad, no siempre lo son. Por lo demás, es en el momento de la determinación judicial de la pena que en definitiva se aplicará - si es que corresponde-, cuando deberá tenerse en cuenta lo prescripto por el art. 41 inc. 2 CPen. por el cual, se toma como atenuante en cada caso concreto”²⁴⁷.

(6) La situación miseria puede dar lugar al denominado hurto famélico. Mas en caso de no alcanzar tal situación de justificación o disculpación, cabe ser tenida en cuenta como atenuante del delito. En tal sentido, “La sola miseria puede funcionar como atenuante pero nunca como eximente y para que el hurto famélico pueda prosperar, siendo como se trata su entidad de apreciación por parte de la justicia, debe al menos acreditarse la gravedad e inminencia de quien lo padece y que haya sido extraño al mal que atraviesa”²⁴⁸.

(7) Se rechaza de modo genérico que la situación de miseria admita en caso de delito que opere como estado de necesidad, sin perjuicio que también de modo general se redirecciona la situación a su funcionamiento como atenuante. Se ha expresado que “El estado de miseria, no es el

ASISTENCIA FAMILIAR. Magistrados: DATO, BRITO, AREA MAIDANA. Lexis N° 25/2457.

²⁴⁷ Tribunal: C. Fed. La Plata, sala 2ª. Fecha: 30/11/1995. Partes: Witencamps, Miguel Á. y otro. Lexis N° 34/205.

²⁴⁸ Tribunal: C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, Fecha: 03/09/1991. Partes: Ledesma, Néstor O. Lexis N° 2/7240. Publicado: JA 1992-I, síntesis.

estado de necesidad en el sentido jurídico que surge del art. 34 inc. 3 del CP. por lo que reconocido que el caso encuadra en dicho estado de miseria, es de aplicación la atenuante prevista en el art. 41 inc. 2 CP. y no el referido anteriormente”²⁴⁹.

(8) Es firmemente reacia la jurisprudencia a admitir que la imposibilidad de ganarse el sustento pueda ser tenida como causal de justificación o disculpa, remitiéndose tal circunstancia prácticamente de modo unánime al inciso 2 del art. 41 CP, en concepto de atenuante. En esta línea se dijo que “No tiene andamio el alegado estado de necesidad sin que el imputado haya puesto en balanza dos bienes frente a la amenaza de un mal inminente (art. 34 inc. 3º CP). En su relato confesorio cuenta que había perdido el trabajo y que debía cuatro meses de alquiler, teniendo esposa y cuatro hijos a su cargo. Pero eso solo, que en todo caso no evade la esfera conceptual de la atenuante común definida por el art. 41 CP como "miseria" o "dificultad de ganarse el sustento propio y de los suyos", no virtualiza el excepcional encuadre en la causal de justificación aludida”²⁵⁰. Asimismo se expresó que “La presunta dificultad de ganarse el sustento para sí y su familia, si bien no es eximente [art. 34 inc. 3 CPen.] debe computarse como atenuante para graduar la penalidad a imponer [art. 41 CPen.]”²⁵¹.

IV. La participación que haya tomado en el hecho

(1) De La Rúa simplifica adecuadamente el problema que plantea esta cuestión. Indica que la participación que haya tomado en el hecho el sujeto debe considerarse una regla complementaria de los arts. 45 y 46 del Código Penal. Y precisa que mientras en tales normas se fijan las

²⁴⁹ Tribunal: C. Penal Paraná, sala 1ª. Fecha: 30/06/1987. Partes: Acevedo, Alberto. Lexis Nº 2/32803. Publicado: JA 1987-IV, síntesis.

²⁵⁰ Tribunal: C. 3ª Crim. y Corr. La Plata, sala 3ª. Fecha: 13/09/1983. Partes: S., C. L. s/ Robos. Lexis Nº 14/51358. Publicado: BA B500117.

²⁵¹ Tribunal: C. Fed. La Plata, sala 2ª. Fecha: 05/07/1991. Partes: Runo, Juan C. y otros s/inf. ley 20771. Lexis Nº 34/1248.

escalas en relación a los tipos de partícipes, aquí se obliga a considerar en concreto la entidad de dicha participación. Completa expresando que como las reglas de los arts. 45 y 46 no fijan -fuera de las escalas- pautas individualizadoras específicas, también valen las demás circunstancias de los arts. 40 y 41. En definitiva, concluye, para individualizar la pena de los partícipes dentro de la escala de los arts. 45 y 46, se deberá tomar en cuenta la entidad en concreto de dicha participación y las demás circunstancias del art. 41²⁵². En similar sentido Ziffer indica que aun cuando las reglas de la autoría y la participación permitan imputar el delito en común, es posible hacer distinciones en cuanto a la intervención efectiva que le cupo a cada uno de los partícipes según el rol efectivamente desempeñado durante el hecho²⁵³. Con parecido razonamiento, se dijo que “Las reglas de la participación de la Parte General, establecen clases de intervinientes posibles en un hecho y asignan según dicha intervención (autores, cómplices primarios o secundarios, etc.), una pena. Los arts. 45 a 49 CPen. no son reglas que “agraven” los delitos porque intervienen en ellos varios agentes, sino que discriminan formas de intervención, de acuerdo con las cuales adjudican pena. En cambio, el art. 41, señala como pauta agravante o atenuante, “la participación que haya tomado en el hecho” el sujeto. Así por ejemplo, si dos personas coautoras, desde el punto de vista del art. 45 CPen. están en igualdad de condiciones, desde la óptica del art. 41 pueden encontrarse en una situación desigual pues cabe distinguir la entidad del aporte de cada uno, de modo que pueda aparecer una agravante sólo respecto de una de ellas. Lo mismo tiene que decirse de los cómplices, pues entre cómplices secundarios, alguno podría haber suministrado un auxilio tal que configure, sin salir del art. 46 CPen., una circunstancia de agravación. De manera que en esos casos de pluralidad de agentes, los arts. 45 y ss. CPen. determinan la pena aplicable a cada sujeto y el art. 41, las pautas para individualizarla en relación a cada persona, dentro de la escala respectiva”²⁵⁴.

²⁵² DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 709.

²⁵³ ZIFFER: *Lineamientos*, p. 132.

²⁵⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 14/12/2005. Partes: B., C. D. y otro. Lexis N° 35004000.

(2) Cabe indicar algunas reglas básicas: no obstante que el art. 45 CP prevé igual escala para el partícipe primario que para el autor, en principio y por norma el ilícito del autor es más grave que el del partícipe. En efecto, tratándose de vinculación a pesar del reparto del trabajo, la obra será común²⁵⁵. No obstante, pueden diferenciarse cantidades de intervención (o de dominio del hecho)²⁵⁶. Las maniobras que pertenezcan a la fase previa revelarán por lo general menor contribución que las efectuadas en la ejecución, pero esto no tiene que ser necesariamente así²⁵⁷: una bomba instalada en un edificio público, cuya detonación a distancia se coloca a cargo de otro sujeto a quien se ordena ejecutar el acto. La intervención en la fase previa hace que la ejecución por mano ajena convierta el hecho en propio²⁵⁸. No reviste igual grado de injusto quien propone a otro el plan, aporta todos los datos necesarios e incluso lo decide a compartir la tarea, que quien simplemente acepta compartirla²⁵⁹. Tal pauta, cabe aplicarla al art. 45 del CP, a fin de dotarlo de un sentido racional, ante la aparente equiparación de penas que establece. En un sentido similar se ha planteado si quien actúa junto con otros, por los fenómenos propios de la dinámica de grupo, no actúa, de algún modo, "llevado por la masa", y si esto no debería constituir una atenuante.

(3) Es correcto asignar una agravante a quien encabezó el grupo que efectuó el delito, en el contexto de la pauta en examen. Se ha expresado que "La participación que haya tomado en el hecho", como agravante genérica del art. 41 inc. 2 CPen. la juzgué de interés, pues estuvo presente en los momentos cruciales, integrando el grupo que encaró a las víctimas primero y el que cobró el rescate después, donde fuera detenido. Facilitó su celular a Peralta (con quien delinquiró en la causa que se

²⁵⁵ JAKOBS: *El ocaso del dominio del hecho*, p. 96.

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 103

²⁵⁷ *Ibíd.*

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 104.

²⁵⁹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto I., 2.

unificará), desde donde partieron llamadas extorsivas e indicó el galpón donde tuvieron cautiva a la Sra. Nordmann"²⁶⁰.

V. Las reincidencias en que hubiera incurrido

(1) La expresión "las reincidencias en que hubiera incurrido" cabe ser tomada en un sentido técnico, es decir reincidencia real. Luego, la pena se agrava por declaraciones de reincidencia anteriores al hecho ahora juzgado. Pero para evitar doble valoración de la condena anterior en la cual además se declaró reincidente, la misma sólo puede computarse una vez y en este concepto de las reincidencias. No es por ende correcto que se valore por un lado la condena anterior y por el otro la declaración de reincidencia que cupo en la misma. Pero ello no impide que el monto punitivo que se asigne a la estimación de la anterior declaración de reincidencia sea mayor que en el caso de una condena anterior en la cual no se lo declaró reincidente. El meollo de discusión del aumento de pena por reincidencia (dejando de lado la cuestión del art. 52 CP), consiste en si por un delito por el cual ya fue juzgado y condenado el imputado, puede ahora cargársele con un plus de pena respecto del monto que le corresponde por el delito actual. Se plantea llanamente si ello no implica valorar dos veces el mismo hecho anterior por el cual fue condenado. El principio de culpabilidad rige, aunque con limitaciones, actualmente los límites al poder punitivo, y en este sentido, estimo hay mayor culpabilidad en quien pese a haber sido condenado anteriormente y sido declarado reincidente, comete ahora un delito culpablemente. Bien podría sostenerse que bajo esta explicación en realidad subyace la intolerancia hacia quien habiendo cometido delitos anteriormente ahora vuelve a cometer otro, y por ello resulta peligroso para la sociedad. Podría verse en la argumentación que aquí se sostiene (mayor atribución de culpabilidad por el hecho actualmente juzgado en razón de haber sido anteriormente

²⁶⁰ Tribunal: Trib. Oral Crim. Fed. San Martín, n. 2. Fecha: 22/11/2006. Partes: Carmona, Gerardo J. y otros. Lexis Nº 70035373.

condenado y declarado reincidente) una explicación retórica. No obstante no conocer la existencia de estudios psicológicos que demuestren que ha habido mayor culpabilidad en quien comete un delito ya habiendo sido declarado reincidente, es una creencia aun afincada en la sociedad y en doctrina y jurisprudencia, y, ella aun rige el sistema penal. Si tal creencia resulta axioma de nuestra cultura penal, entonces a quien se le agrega un plus de pena por antes haber sido declarado reincidente, no se lo castiga por el hecho anterior, sino por el grado de culpabilidad por el hecho actualmente juzgado. En cambio si tal creencia resulta falsa, esto es que la anterior condena y declaración de reincidencia no pesan en la conciencia del autor que ahora es juzgado por un nuevo delito, entonces es incorrecto cargarle con ese plus. Lógicamente esta segunda postura sería la muestra de que el sistema penal basado en la culpabilidad es falso, porque tal situación es extendible a una muy diversa serie de situaciones. Por tanto, siguiendo aquí la posición tradicional que hace girar el sistema de sanción penal en torno a la concepción de culpabilidad, y, advirtiendo que la cuestión de la reincidencia para la graduación de la pena se encuentra próxima a otras situaciones, resulta conforme la ley argentina concluir lo siguiente: (i) la condena anterior en la que no cumplió pena efectiva (y además la condena anterior en la que cumplió pena efectiva), obra como agravante²⁶¹ por actualización de culpabilidad, en razón de que le fue impuesta al imputado la vigencia del sistema penal y de las prohibiciones penales, al menos de un modo claramente significativo, cuadrando tal circunstancia en los antecedentes. (ii) La condena anterior firme en la que cumplió pena efectiva, por la cual ahora se lo declara reincidente por primera vez, asimismo agrava en la actual pena (y de modo general de manera más grave que el antecedente de condena sin cumplimiento efectivo), visto que también tal actuación del sistema penal imprimió una actualización de la conciencia del inculpado de la vigencia de la prohibición penal, la cual cuadra aun en los antecedentes del imputado. (iii) Si el imputado comete un siguiente delito, en el cual es condenado y declarado reincidente por segunda vez, habrá de computársele en los antecedentes la primera condena y en el concepto reincidencias la condena anterior en la que fue declarado reincidente por primera vez, pero no podrá serle imputado en condición de agravante de

²⁶¹ SOLER: *Derecho Penal argentino*, T. II, p. 427.

la pena para el caso actual la declaración de reincidente por segunda vez. (iv) Luego, las causas en trámite, si bien es posiblemente cierto que produzcan una actualización de la conciencia de la vigencia de la prohibición, dado que de alguna manera podrían vulnerar el principio de inocencia, no corresponde que agraven la pena. (v) Tampoco procede la admisión del fundamento que sostiene que las causas en trámite agraven la pena por peligrosidad, ya que en definitiva sería el mismo concepto que el incremento de la culpabilidad por actualización, sólo que traspelado desde este último al de peligrosidad. (vi) Las causas en trámite no pueden impedir que se considere atenuante la ausencia de condenas anotadas, ya que son conceptos independientes, y no cabe descartar que en las causas en trámite justamente el imputado resulte inocente, ni que al menos por ahora lo sea. (vii) La actualización que se estima produce la actuación el sistema penal sobre el procesado con causas en trámite, es rechazada en definitiva porque el último resulta inocente por tales causas en trámite al momento de cometer el hecho ahora juzgado. En cambio la actualización que se estima produce la condena anterior (con o sin declaración de reincidencia), es admitida y atribuida de modo inconcuso justamente en base al significado que se le otorga a la pérdida de la condición de inocente que se registra al momento de condenarse por autoridad competente a la persona por el delito.

(2) En este trabajo se ha concluido, de modo distinto a como se efectúa la exposición de las razones para graduar pena en nuestro país, en que se debe asignar a cada pauta agravante o atenuante su individualización, su fundamentación y la magnitud de pena que le es asignada. Luego, además, pareció correcto que las causas en trámite no deben ser computadas como agravantes (aunque su ausencia en caso de que el inculpado sea primario puede ser estimada como atenuante), y que la condena actual en que se declara reincidente el imputado no puede contar, en lo que respecta a dicha declaración de reincidencia, como agravante justamente en tal condena. Sobre estas cuestiones se ha indicado que "Es parcialmente nula la sentencia que, al fijar la pena, computó como agravante un proceso en trámite y una condena que fue también considerada a fin de declarar la reincidencia, además de tener en cuenta "condenas firmes" sin indicar a qué causas se refería la

afirmación"²⁶². En cuanto a la condena anterior en la que asimismo se declaró reincidente al imputado, resulta correcto cuadrarla como un solo agravante (condena y declaración de reincidencia) en el concepto reincidencias en que hubiera incurrido, pudiendo por tal declaración de reincidencia asignarse un plus de pena. El plus de pena para este único agravante que encuadra en reincidencias, atiende a que además de condenarse al imputado a pena, se le declaró reincidente, por lo cual ahora que comete un nuevo delito por el cual es juzgado, se le asigna un plus de culpabilidad por la mayor reprochabilidad que le corresponde en razón de la actualización de la vigencia de la prohibición que le corresponde.

(3) Parece correcto concluir en que "La múltiple valoración, alegada por el defensor, de los antecedentes condenatorios del procesado que resultaría de utilizarlos a los efectos de la declaración de reincidencia, como indicio de capacidad delictiva y al mismo tiempo como circunstancia agravativa de la pena, no se evidencia en el caso pues la Cámara únicamente utilizó como agravante la existencia misma de los antecedentes aludidos. Y la reincidencia resultante de uno de ellos -que no fue computada paralela e independientemente como agravante- produce otras consecuencias que no guardan relación con la cuantía de la sanción impuesta. Por su parte, del contenido de la queja no se advierte por qué los antecedentes condenatorios del procesado no podrían ponderarse simultáneamente como elemento del reproche y del juicio de cuantificación punitiva (art. 355 Ver Texto , CPP. Bs. As. -ley 3589 y sus modif.-)"²⁶³.

(4) No es correcto asignarle a la actual declaración de reincidente además asignación de agravante de la pena. justamente en la misma condena en que así se lo declara. Ello sin perjuicio de que la condena anterior por la cual ahora se lo declara reincidente sí pueda ser considerada agravante

²⁶² Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 26/12/2007, Partes: M., H. F. - Lexis N° 1/1029807 ó 1/1029808.

²⁶³ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 22/08/2007. Partes: López, Jorge Luis s/ Tentativa de robo, etc. Lexis N° 14/117719. Magistrados: Kogan, Soria, Genoud, Hitters, Roncoroni. Voto: KOGAN. Expediente: P 71751. Sin disidencia. Publicado: BA B71210.

en el conceptos de los antecedentes del encartado. No pareciera ser este el criterio sustentado cuando se dijo que "No es cierto que los dos efectos asignados a la reincidencia -su consideración como agravante genérica y la pérdida del beneficio previsto por el art. 13 CPen.- transgredan el límite establecido por la regla non bis in idem, pues mientras el primero opera al individualizarse la sanción -art. 41 CPen.- el segundo incide en el modo de ejecución de la pena ya impuesta -art. 14 del mismo-"²⁶⁴, ya que se asignaría según parece desprenderse del sumario la condición de agravante a la actual declaración de reincidencia, ello sin perjuicio de que evidentemente los fines del art. 14 CP son ajenos a la individualización judicial de la pena.

(5) Es correcto que "El principio "non bis in idem" no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" (en referencia al art. 14 CPen.). Además es extraña al ámbito de la tutela constitucional que proscribe la doble persecución penal, la circunstancia de que se compute como agravante la comisión de un delito anterior"²⁶⁵.

(6) En igual sentido que el aquí mentado, se ha dicho que "No viola el principio de non bis in ídem la declaración de reincidencia si ésta no fue computada además como circunstancia agravante"²⁶⁶.

²⁶⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 13/06/2007. Partes: Coronel, Daniel Máximo s/ Tentativa de robo calificado, privación ilegal de la libertad. Lexis N° 14/116506. Magistrados: Soria, Hitters, Kogan, Negri, Pettigiani. Voto: SORIA. Expediente: P 86457. Sin disidencia.

²⁶⁵ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 13/06/2007. Partes: Mazza, Rubén Oscar s/ Recurso de Casación. Lexis N° 14/116557. Magistrados: Genoud, de Lázzari, Negri, Pettigiani, Hitters. Voto: GENOUD. Expediente: P 95225. Sin disidencia. Publicado: BA B70572.

²⁶⁶ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 18/04/2007. Partes: D., M. P. Lexis N° 1/70040152-1. Expediente: P. 82.739.

(7) No cabe computar la declaración actual de reincidencia como agravante, aspecto que pareciera computarse en el sentido agravatorio expresado cuando se dice que "La pena de 7 años de prisión no rebasa el límite del principio de singular magnitud entre culpabilidad e injusto si conforme al concurso de delitos resultaba una escala de 5 a 18 años de encarcelamiento y existió reincidencia específica, planificación previa, aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima por el número de intervinientes, lugar rural y nocturnidad, empleo innecesario de violencia física, peligrosidad en la modalidad de comisión elegida y abandono del trabajo -con el consiguiente pérdida de un factor importante para la recuperación social- todo ello en el contexto de un período de prueba mediante salidas transitorias, parámetros que conducen a una mayor reprochabilidad por los nuevos hechos cometidos"²⁶⁷.

(8) Cabe seguir por acertada la conclusión que se informa al sostenerse que "Se inobserva la ley sustantiva al valorarse como agravante tanto el carácter de reincidente del encartado, como el antecedente condenatorio que sirviera de sustento para la declaración de reincidencia, vulnerando de tal manera la prohibición que impide computar dos veces una circunstancia agravante"²⁶⁸.

(9) Sigo en este trabajo por estimarla correcta la posición sustentada al sostenerse que "Ponderar los antecedentes condenatorios como agravante y utilizarlos -a su vez- como base jurídica para la declaración de reincidencia, no implica doble valoración de una misma circunstancia pues la reincidencia resultante de los antecedentes -no computada paralela e independientemente de los mismos como severizante (tal el caso de autos)- conlleva otras consecuencias diferentes que no guardan relación con la cuantía de la pena impuesta"²⁶⁹.

²⁶⁷ Tribunal: Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Penal. Fecha: 22/06/2006. Partes: Cayo, Gustavo D. Lexis N° 1/70024867-2. Número: 56/2006. Expediente: 27/2004.

²⁶⁸ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª. Fecha: 04/08/2005. Partes: Campos Valencia, José A. y otro s/recurso de casación. Lexis N° 14/106737. Magistrados: Mahiques, Borinsky, Mancini. Expediente: 13152.

²⁶⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 06/07/2005. Partes: Cabrera, Lucas Damián s/ Tenencia ilegal de arma de guerra. Lexis N° 14/137272. Magistrados: de Lázzari,

(10) La condena anterior que pueda implicar reincidencia, para el sistema legal argentino, debe ser aquella que cumple con los requisitos de la reincidencia del art. 50 CP, es decir reincidencia real: total o parcial cumplimiento de pena privativa de libertad, aunque fuera un día²⁷⁰ ²⁷¹. Luego, si se trata de condena no firme no talla como agravante.

VI. Los vínculos personales

(1) Cabe entender por vínculos personales las relaciones parentales, de afecto, respeto o autoridad, respecto a ofendidos o damnificados por el delito. Se trata de los vínculos que unen al autor con el sujeto pasivo y de allí establecerse el menor o mayor deber de cuidado o de exigibilidad que cabía atribuir al autor²⁷². Ej.: supuestos en que se deba especial agradecimiento, razones de parentesco o de especial confianza²⁷³. Pero en rigor tales relaciones pueden operar tanto como agravantes como atenuantes, según las particularidades del desarrollo de la relación (amor/odio, buen trato/mal trato, amistad/enemistad, etc.), sin perjuicio de que como regla²⁷⁴ y en abstracto corresponda asignar mayor gravedad por una cuestión de mayor culpabilidad. En efecto, no hay dudas de que los vínculos familiares, de amistad, de respeto deban operar como agravantes por regla. Se ha planteado que ciertos vínculos en determinadas circunstancias y tipos penales pueden operar como atenuantes, propiciándose como ejemplo que el robo de escaso monto por

Pettigiani, Hitters, Soria, Kogan, Roncoroni. Voto Minoría: PETTIGIANI. Expediente: P 75926.

²⁷⁰ DONNA – IUVARO: *Reincidencia y culpabilidad*, p. 102.

²⁷¹ Exige un mínimo de quince días, GARCÍA: *Reincidencia y punibilidad*, p. 139 y ss.

²⁷² Aproximadamente así, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 67, Punto II., 3.

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Ha indicado siempre como agravante los vínculos personales aquí considerados NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, T. II., p. 468.

pequeña fuerza física, de hijo a padre, punible por exceder el ámbito de la excusa absolutoria del art. 185 inc. 1º CP, supone un vínculo personal que, de todos modos y aun cuando no caiga en la total impunidad, demuestra menor peligrosidad por cometerse en un ámbito de intimidad y no en relación a terceros extraños²⁷⁵. Pero a ello cabe oponer al menos como compensación la mayor culpabilidad que cabe asignar a quien roba a su propio padre.

(2) Parece ajustado como regla que la delincuencia de sangre opera como agravante en el caso de quien mata a su padre de crianza anciano²⁷⁶.

(3) Quien se encuentra en situación de desamparo y es acogido o ayudado por un extraño, si luego le roba al protector vulnerará la norma con mayor gravedad, esto cabe hacer operar el vínculo personal en sentido de mayor culpabilidad por el hecho efectuado.

(4) Parece razonable que se puna más severamente a quien roba a su primo, a quien conoce desde pequeño, que a quien roba a un extraño. Igual consideración para quien roba a un amigo, o familia de confianza, situación en razón de la cual accedió al dato relativo al lugar donde se hallaba el botín. El fundamento de ello es la incuestionable mayor culpabilidad que corresponde asignar a quien comete tales comportamientos en perjuicio de personas a quien se espera debe tratar con mayor consideración que a un extraño.

(5) Ante la situación de quien al conocer el lugar donde el amigo o familia amiga guarda el botín (ahorros en dólares, por ejemplo, ante la desconfianza de depositarlos en bancos), los roba, corresponde asignar como agravante el vínculo preexistente en razón de una asignación e mayor culpabilidad por el hecho cometido, ya que se debe mayor consideración por los familiares y amigos que por los extraños. Es jurídicamente incorrecto hablar en estos supuestos de mayor capacidad delictiva. Se trata de mayor culpabilidad por el hecho en razón el vínculo preexistente. O en otras palabras, es conducente referir ante tales

²⁷⁵ DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 712.

²⁷⁶ C.A. Tucumán, 11/8/27, JA, 25-117.

supuestos que se acredita mayor vulneración de la norma, que en los casos en que tales circunstancias se encuentren ausentes.

(6) El vínculo personal que tenga el imputado con la víctima es un aspecto que incuestionablemente puede influir en la evaluación del grado de culpabilidad a fines de la medición de la pena, ello independientemente de la indagación de la culpabilidad en el marco de la teoría del delito. Entiendo que en este sentido se dijo que "La mayor parte de las circunstancias consideradas en aplicación del art. 41 CPen. no se refieren a la culpa en un delito. Así, cuando un juez merita la educación y las costumbres del imputado, no está diciendo que sea culpable de su buena o mala educación; ni siquiera afirma que sea culpable de sus malas o buenas costumbres. Del mismo modo, se computan los vínculos personales y la calidad de las personas y nada de esto se refiere a la culpabilidad. Por eso es que tomar en cuenta estas circunstancias no viola la presunción de inocencia"²⁷⁷. De cualquier manera cabe efectuar alguna aclaración. Hay elementos objetivos y subjetivos que deben ser tomados en primera instancia para determinar si el autor del hecho punible resulta culpable. Y luego los mismos elementos objetivos y subjetivos, en una segunda instancia de análisis, cabe que sean evaluados en su repercusión para determinar que gravedad de pena se impone conforme la escala penal, sin que ello implique doble valoración; porque justamente la doble valoración está vedada al momento de graduar pena, esto es, no se puede imponer doble agravante en la medida de la pena por un mismo aspecto o circunstancia, pero no hay doble valoración cuando un elemento o circunstancia es tenida en cuenta para determinar la culpabilidad como estrato de la teoría del delito y después para la graduación de la magnitud penal. Luego, cabe expresar que cuando se valora al momento de medir pena una circunstancia y se le asigna categoría de agravante o atenuante, la explicación no se agota en sostener, por ejemplo, que el imputado robó a una familia amiga, de modo que el vínculo personal que lo unía agrava el monto punitivo, sino que el

²⁷⁷ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 21/12/2005. Partes: Irala, Carlos L. o Juan Javier s/robo y robo calificado por el empleo de armas, en concurso real entre sí. Citar Lexis Nº 14/109206 ó 14/109205. Magistrados: Genoud, Roncoroni, Negri, Kogan, Pettigiani, Hitters, de Lázzari, Soria, Domínguez. Expediente: P77350.

asunto está en precisar cuál es justamente el fundamento de que al robarse a una familia amiga se determine una agravación en el monto de pena, y es exactamente en este punto donde se podrá advertir que la explicación buscada, en el ejemplo en examen, conduce a un incremento en la culpabilidad, porque robar a un amigo o familia amiga es más grave que robar a un extraño, o dicho de otra manera, presupone una mayor conciencia de la prohibición penal y por ende un mayor grado de reprochabilidad de lo que se hizo.

(7) Acertadamente no se ha exigido que para computar un vínculo personal como agravante sea necesario que se trata de una persona en situación de garante. Así se ha expresado que "Por lo demás, y ya en el ámbito del derecho de fondo, no son acertadas las consideraciones del recurrente según las cuales los vínculos personales a los que alude el art. 41 se refieren a supuestos en los que media un deber de garante, puesto que ello no surge de la ley, sin que tampoco puedan compartirse los fundamentos expuestos por la defensa para sustentar su particular interpretación del referido precepto (arts. 451 CPP., 40 y 41 CPen.)"²⁷⁸.

VII. La calidad de las personas

(1) Parma indica que en cuanto a la calidad de las personas, no hace referencia a la calidad especialmente consignada en los tipos, en las que hay un mayor contenido de injusto, como sucede en la calificación por funcionario público, o las especiales relaciones de parentesco, sino de la calidad que da lugar a una mayor exigibilidad atendiendo a las circunstancias concretas²⁷⁹. Es

²⁷⁸ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, Fecha: 07/10/2003. Partes: Escot, Silvano y otro. Lexis N° 30012799.

²⁷⁹ PARMA: *Código penal de la Nación Argentina, Comentario*, T. 1, p. 180.

en principio correcto circunscribir esta circunstancia a las calidades de las víctimas, como autoridades o ministros de religiones, dándole sentido agravatorio²⁸⁰. Mas acertadamente indica de la Rúa que no hay razón para la restricción, y bien puede la calidad referirse al autor, al ser más específica que la genérica de antecedentes y condiciones. En efecto no hay obstáculos a que se encuadre en esta pauta la calidad específica del autor y que se explique por qué tal calidad en las circunstancias concretas del caso establece una mayor exigibilidad para el mismo que deba ser traducida en una mayor culpabilidad la cual finalmente se manifiesta en un plus de pena. Del otro lado, la calidad de la víctima también puede ser especialmente considerada debiéndose explicar por qué tal calidad en las circunstancias concretas del caso implica mayor vulneración de la norma, o en otras palabras mayor culpabilidad.

(2) Es correcto cuadrar en la calidad de las personas la avanzada edad de la víctima, y considerarla como agravante por el grado de indefensión que tal circunstancia otorga. Debe tenerse especial cuidado en no valorar dos veces la circunstancia, la cual también, en virtud de la mentada indefensión, puede cuadrar en la naturaleza de la acción del inciso primero del art. 41 CP. En este sentido se ha expresado que²⁸¹ “No se transgreden los arts. 40 y 41 CPen. al merituar como agravante la avanzada edad de las damnificadas en el robo -al momento del hecho, 82 años y 67 años su hermana y la corta edad del niño privado de su libertad (5 años), en cuanto ello evidencia un mayor grado de indefensión de las víctimas en razón de la innegable superioridad física de los atacantes, lo cual resulta válidamente merituable en el marco del inc. 1 art. 41 que hace expresa referencia a la naturaleza de la acción desplegada”. En igual sentido se ha expresado adecuadamente que “Si al acusado se le atribuye la comisión de los delitos de lesiones leves y lesiones graves, en concurso real (arts. 89, 90 y 55 CPen.), teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos incriminados, la escala pena con que en abstracto se encuentran reprimidos los mismos, la inmediatez en que ocurrieron ambos sucesos, la circunstancia de haber usado arma de fuego en ambas oportunidades (para golpear en un caso

²⁸⁰ NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, T. II., p. 464.

²⁸¹ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, Fecha: 18/10/2001, Partes: Damario, Emilio Gustavo y Lezcano, Roberto Miguel s/recurso de casación. Magistrados: Celesia, Hortel, Manzini. Voto: Celesia. Sin disidencia. Penal B3285203 – 3965 - Lexis N° 14/80982.

y disparándola, en el otro), la edad avanzada de una de las lesionadas; la desproporción del medio empleado, ya que de autos no surge que las víctimas hubieran agredido ni aún verbalmente al imputado y demás circunstancias de mensuración previstas por los arts. 40 y 41 CPen., se estima que, en caso de dictarse condena, la pena que se le aplicará al acusado será de cumplimiento efectivo, toda vez que se revela como un sujeto "delictivamente peligroso" (CPP., art. 315 contrario sensu ley 7139 y CPen., art. 26 contrario sensu ley 23057), por lo que la excarcelación no procede²⁸². En tal misma línea, no es dudoso por tanto que la mayor indefensión de las víctimas aumentan la culpabilidad por el hecho expresándose que "Las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que el autor decide cometer el ilícito, así como la calidad de las personas, aun cuando no hayan sido especialmente buscadas, pueden agravar el grado de injusto si, resultan demostrativas no sólo del alto grado de indefensión de la víctima, sino también de las mayores posibilidades de alcanzar el fin propuesto y lograr la impunidad"²⁸³.

(3) También la escasa edad de las víctimas puede operar como agravante, en el sentido de que establece por un lado un mayor grado de indefensión y luego en el sentido reconocido por el ordenamiento jurídico del deber de mayor respeto y cuidado hacia los niños. Además, dentro de los tipos penales referidos a sujetos pasivos dentro de una brecha de edad, cabe distinguir dentro de dicha brecha los casos en que hay mayor vulneración del bien jurídico protegido en razón de las diferencias de edad y del mayor grado de exigibilidad que corresponde a tales distinciones. Correctamente se ha indicado que "Aunque la edad de las víctimas integre las figuras de los artículo 119 y 125 del Código Penal, ponderar dicha circunstancia no implica incurrir en una doble valoración, pues dentro del margen que existe respecto de las edades comprendidas por dichos tipos, no puede soslayarse la circunstancia de que los menores afectados tuvieran edades que se sitúan muy por debajo de los

²⁸² Tribunal: C. Crim. Córdoba, 9ª, Fecha: 13/11/1990, Partes: RODRIGUEZ, JORGE ALBERTO s/ EXCARCELACIÓN, Magistrados: VARGAS, PUEYRREDON, FUNES. Lexis N° 32/2097.

²⁸³ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 30/12/2004, Partes: Chumbita, Diego L. s/recurso de casación. Lexis N° 14/104268. Magistrados: Natiello, Piombo, Sal Llangués. Voto: Natiello. Tipo: Definitiva. Expediente: 7287. Sin disidencia Penal. Publicado: BA B3256322.

guarismos mencionados por los tipos penales aplicados, contingencia que bien puede mensurarse en el ámbito del artículo 41 inciso 2 del Código Penal, en tanto se menciona la "calidad de las personas" como uno de los criterios a tener en cuenta para fijar la sanción"²⁸⁴.

(4) Como regla puede decirse que con relación a la víctima es correcto afirmar que cuanto mayores sean las posibilidades de repeler el ataque tanto menor será el ilícito del autor²⁸⁵.

(5) En términos generales, que el sujeto pasivo resulte, por ejemplo, el Presidente de la Nación, siempre que de ello sea consciente el autor, influirá en la medida de la pena agravándola²⁸⁶.

(6) En lo relativo a la calidad del autor, se ha considerado acertadamente agravante la calidad de jefe de procedimiento policial por delitos cometidos durante él²⁸⁷, o la calidad de conspicuo dirigente político oficialista²⁸⁸. El fundamento de ello está en que es justamente más exigible a estas personas que no comentan delitos en las circunstancias concretas del caso que a quienes no revisten especiales calidades.

(7) En cuanto a la calidad del sujeto pasivo, se resolvió correctamente que es agravante del homicidio cometerlo con desprecio en la dignidad de la persona de un funcionario público en ejercicio de sus funciones²⁸⁹, o atentar a mano armada contra él²⁹⁰.

²⁸⁴ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, Fecha: 21/10/2004, Partes: Espinoza, José Marcelo s/ Recurso de casación. Lexis N° 14/135130. Magistrados: Mancini, Hortel, Celesia. Sin Disidencia. Voto: MANCINI. Tipo: Definitiva. Expediente: 8851.

²⁸⁵ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 128.

²⁸⁶ De modo parecido, NÚÑEZ: *Derecho Penal argentino*, T. II., p. 464.

²⁸⁷ C.F. La Plata, 10/12/45, LL, 41-245 y JA 1946-1-107.

²⁸⁸ C.P. Mendoza, 5/12/58, JA 1991-IV. p. 335.

²⁸⁹ C.S.J., 4/4/27, JA 23/345.

²⁹⁰ C.S.J., 26/10/26, 22/6/669.

VIII. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad

(1) Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del art. 41 inc. 2 CP, tienden inconcusamente a establecer la peligrosidad que manifestó el autor con su hecho²⁹¹; de ello no cabe deducir, en cambio, que esta peligrosidad deba ser la relativa al pronóstico de reincidencia²⁹² ni, como la doctrina clásica ha interpretado, a adjudicar una peligrosidad intrínseca de la persona del autor²⁹³. Es cierto que la amplitud del texto permitiría interpretar desde una consideración ceñida a la literalidad, que se trata de peligrosidad en el sentido de prognosis delictiva, o de estado peligroso. Pero tal estimación debe recortarse mediante la interpretación sistemática constitucional, de la que surge que al individuo se lo pune por el hecho cometido y no por el que supuestamente podría llegar a cometer. Este cálculo de probabilidades es hoy inaceptable porque vulnera decididamente el derecho penal de acto.

²⁹¹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 66, Punto IV., 2.

²⁹² ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 131.

²⁹³ GÓMEZ: *Tratado de derecho penal*, T. I., p. 252.

(2) Se ha expresado que “Cuando la reiteración de los robos obedece a una sostenida inclinación delictiva ello evidencia mayor peligrosidad (art. 41 inc.2 C.P.)”²⁹⁴. Se aprecia que con tal perspectiva la peligrosidad es entendida como sostenida inclinación delictiva, ya que según el texto sólo se evidenciaría mayor peligrosidad no con la reiteración delictiva, sino cuando ésta obedece a una inclinación al delito. O sea que si se sigue tal noción, habría no alcanzaría con lo objetivo, acreditación de reiteraciones delictivas, sino que habría que buscar en la personalidad del autor la proclividad delictiva. No cabe compartir este criterio. La pauta legal no habla de proclividad al delito, la pauta legal habla de circunstancias que muestren su mayor peligrosidad, y tal temperamento de derecho positivo se traduce en aquellas características del hecho o de los hechos cometidos por el autor que exteriorizaron mayor peligrosidad, independientemente de la indagación de proclividad delictiva en la personalidad del autor.

(3) La evaluación de peligrosidad no debe ser entendida como un juicio de probabilidad. Y menos aun que por ese juicio de probabilidad sea admitido un agravante. La evaluación de la peligrosidad estimo se reduce a aquella peligrosidad evidenciada en el acto y que puede operar como un agravante porque tal peligrosidad mostrada afecta la vigencia del ordenamiento jurídico, en concreto la vigencia de la prohibición, y cabe por ello mayor sanción. Viene a traducirse en una especie de extensión del daño causado pero sobre la vigencia del ordenamiento jurídico. Por tanto, conforme esta perspectiva, no es correcto que se perfile la consideración de este ítem diciéndose que “La peligrosidad -inc. 2º del art. 41 C.P. - es calidad que pueda actuar como correctivo de la medida de la pena para el caso de que la fijable por la magnitud del delito sea exigua o excesiva. Resulta inconveniente una respuesta solo adecuada a la culpabilidad cuando "el delincuente debe conformarse con una intervención estatal en sus bienes jurídicos solamente en virtud de la vigencia del ordenamiento jurídico. Sucede esto sobre todo cuando se juzgan graves o gravísimas infracciones..." como quien en situación

²⁹⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 04/06/1985, Partes: G., J. H. s/ Robo gravado - Lexis Nº 14/52954. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Mercader, San Martín, Negri, Cavagna Martínez, Salas.

conflictiva comete homicidio. Un juicio de probabilidad, como lo es el de peligrosidad, debe hacerse al dictar sentencia. En este caso se debe corregir hacia abajo la medida de la pena a dictar por magnitud del injusto y culpabilidad, pues se tiene en cuenta el notorio plus de tiempo de privación de libertad que existe, en los casos de penas graves, por sobre el lapso presumiblemente necesario para una resocialización eficaz”²⁹⁵.

(4) Se sostiene de modo generalizado que quien roba a un vecino exhibe mayor peligrosidad. Una obligación de mayor cuidado o solidaridad hacia los vecinos no parece surgir directamente de lo jurídico, sino que se impone como una norma ética. La ética o si se quiere las costumbres sociales reconocidas como buenas, en el caso mayor solidaridad o cuidado respecto del vecino, son filtraciones de la configuración de la sociedad, o del grupo social de pertenencia, en el derecho; son aspectos culturales que completan el entendimiento de un hecho y su dilucidación jurídica. Desde esta perspectiva, puede admitirse que quien roba al vecino, sabiendo que es vecino, y más aún conociéndolo, exhibe un grado de peligrosidad mayor ya que, pese a tal deber de cuidado, o frente a tal freno frente a un comportamiento delictivo, igualmente llevó a cabo el designio. No puede negarse que quien roba a un vecino, puede hacerlo aun en presencia en su sentir de una obligación ética que justamente no respeta al cometer el delito, porque así lo ha decidido. No puede dejar de reflexionarse que tal acción, vista desde el ángulo de la culpabilidad, puede traducirse en mayor reprochabilidad. Es cierto que quien roba a un vecino a quien conoce puede no tener ningún sentimiento positivo (ni negativo) hacia tal vecino (y que puede tener ausencia del pensar o sentir la solidaridad hacia aquél), y ello por ende puede no traducirse consecuentemente en mayor reprochabilidad, ya que psicológicamente vista la actuación de dicha persona no implicó que en su cabeza y en su sentir haya violado la norma (no robar) con un plus de gravosidad. En cambio tal situación, que psicológicamente no haya tenido cabida la obligación de solidaridad hacia el vecino, sí puede significar justamente mayor peligrosidad por tal ausencia de deber ético. Desde una perspectiva de culpabilidad normativa, puede igualmente atribuirse dicho

²⁹⁵ Tribunal: C. Nac. Crim. y Corr., sala 3ª, Fecha: 17/04/1990. Partes: DE BONIS, Alejandro. Lexis N° 12/5629. Magistrados: Massoni, Loumagne, Ocampo.

grado de culpabilidad incrementado, ya que la vigencia del deber de solidaridad y cuidado frente al vecino igualmente le es atribuible, allende lo ocurrido en su cabeza. Ora estimada como mayor peligrosidad ora estimada como mayor reprochabilidad, tal situación, robar a un vecino, obra como agravante, debiendo estarse atento al impedimento de su doble consideración. Por tanto correctamente se ha expresado que “Configura una circunstancia agravante del robo con homicidio su comisión en la vecindad donde vive el autor, pues denota su mayor peligrosidad”²⁹⁶.

(5) El aprovechamiento de la nocturnidad como agravante en el robo acredita mayor peligrosidad, porque el autor consigue actuar en una situación de menos riesgo para él, de mayor predominio, de mayor impunidad e incluso según el caso de mayor indefensión. Consigue el actor evitar ser visto por personas que pudieran socorrer a la víctima, y logra asimismo evitar que se lo observe ejecutar el hecho. También, la actuación en la nocturnidad aprovechándola, es apta para causar mayor intimidación en la víctima. De allí que esta pauta sea reveladora de que en el hecho concreto juzgado el autor mostró mayor peligrosidad, y ello debe ser considerado agravante. Transitan aproximadamente por este carril los siguientes sumarios: (i) “La nocturnidad se incluye -como agravante- en las “circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad” (art. 41 inc. 2 CPen.), al no haberse contemplado como causal autónoma de agravación. De ello se sigue la innecesariedad de fijar un criterio objetivo: en muchas situaciones la nocturnidad, de por sí, no demuestra mayor peligrosidad, al no justificarse un mayor grado de vulneración del bien jurídico por la sólo comisión en esas condiciones. Justamente, debe graduarse esa modalidad de tiempo, a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa, para deducir si el que comete la acción, al aprovecharse de esa situación, demostró con su conducta un mayor grado de peligrosidad que redunde en la agravante. (Opinión personal del Juez De Lázzari)”²⁹⁷; (ii) “La ‘nocturnidad’ no

²⁹⁶ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª, Fecha: 06/03/2008. Partes: Díaz Ramírez, Gerardo M. Lexis N° 1/70046135-1.

²⁹⁷ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 04/06/2003. Partes: Cardozo, Luis O. y otros/s/robo calificado. Lexis N° 14/88433. Magistrados: Hitters, De Lázzari, Roncoroni,

siempre opera como agravante en la medición de la pena, correspondiendo que se analice en cada caso las particularidades del hecho y se evalúen sus especiales circunstancias y matices a fin de determinar si, ese elemento operó realmente como un factor que favoreció o facilitó la comisión del ilícito, si colocó al autor con relación a la víctima en una mejor situación para la perpetración del hecho (mayor vulnerabilidad de la víctima) o, tal vez, si la oscuridad fue usada por el agente para facilitar su impunidad” (Opinión personal del juez Roncoroni). “La nocturnidad -como pauta dosificatoria de pena- no siempre evidencia mayor peligrosidad del agente activo. Parece evidente que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el hecho de haberse cometido un delito durante la noche constituye, por regla, una tonalidad que califica el ilícito, pues con frecuencia la oscuridad es buscada y aprovechada por el delincuente para favorecer su actividad y para encubrir su conducta. Mas si bien esa es la regla, como tal admite excepciones, ya que en verdad depende del elemento subjetivo, que es el más trascendente, dado que es el que revela el índice de peligrosidad (Voto: Hitters). “Para que la nocturnidad opere como una pauta aumentativa en la fijación de la pena, corresponde que se analice en cada caso las particularidades del hecho y se evalúen sus especiales circunstancias a fin de determinar si, ese elemento operó realmente como un factor que favoreció o facilitó la comisión del ilícito, si colocó al autor con relación a la víctima en una mejor situación para la perpetración del hecho, si la oscuridad fue usada por el agente para facilitar su impunidad, etc.” (Opinión personal del juez Soria)²⁹⁸; (iii) “La nocturnidad -como agravante- debe vincularse con la necesidad de evidenciar un mayor grado de peligrosidad -obviamente desde el punto de vista subjetivo- en la conducta del agente, ya que debe vislumbrarse una elección deliberada del momento en que se va a

Genoud, Soria. Voto: De Lázzari. Tipo: Definitiva. Expediente: P 76322. Publicado: BA B77919.

²⁹⁸ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 03/03/2004. Partes: Ledesma, Héctor O. y otro. s/robo calificado. Lexis N° 14/99222 (voto: Roncoroni), Lexis N° 14/99221 (voto: Hitters), Lexis N° 14/99223 (voto: Soria). Magistrados: Hitters, De Lázzari, Roncoroni, Soria, Kogan. Sentencia Definitiva. Expediente: P 71249. Publicado: BA B79879.

consumar la acción típica”²⁹⁹; (iv) “Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el defensor denuncia la violación de los arts. 40 y 41 CPen. por la valoración de la "nocturnidad" en el carácter de agravante de la penalidad, si la Cámara decidió que las "sombras" fueron elegidas para actuar con mejores posibilidades de impunidad y -marginando cualquier consideración sobre la postura teórica que se adopte sobre el tema- el recurrente se limitó a expresar su opinión personal en contrario sin adunarle ningún fundamento que cimente su alegación (art. 355 CPP. -según ley 3589 y sus modif.-)”³⁰⁰; (v) “La ponderación de la nocturnidad como agravante de la pena es una circunstancia objetiva que evidencia por sí, mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2, CPen.) ya que quien aprovecha el horario nocturno para consumar un delito utiliza una situación que naturalmente favorece la impunidad de su accionar, sea este aprovechamiento deliberado o no”³⁰¹; (vi) “No puede afirmarse en abstracto que la nocturnidad deba ser siempre un motivo para agravar la pena. Así por ejemplo, puede ser irrelevante que una injuria se profiera de noche. Sin embargo, también es cierto que tampoco puede afirmarse de modo abstracto que la nocturnidad no sea motivo para agravar la pena. En suma, no puede aseverarse ni una cosa ni la otra, sin valorar los hechos de la causa. (Del voto en disidencia del Dr. Roncoroni)”³⁰²; (vii) “Es improcedente el recurso de inaplicabilidad de ley

²⁹⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 24/03/2004. Partes: Arroyo, Miguel Á. y otro s/robo calificado. Lexis N° 14/98211. Magistrados: Soria, Kogan, Roncoroni, Genoud, Negri. Voto: Soria. Tipo: Definitiva. Expediente: P 72530. Sin disidencia. Publicado: BA 77918.

³⁰⁰ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 15/12/2004. Partes: G., G. H. s/robo simple. Lexis N° 14/103793. Magistrados: Genoud, Roncoroni, Negri, Kogan, Pettigiani. Voto: Genoud. Tipo: Definitiva. Expediente: P 75261. Sin disidencia Penal. Publicado: BA B68930.

³⁰¹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 27/06/2007. Partes: Boniardi, Miriam Liliana s/ Robo Calificado. Lexis N° 14/116914. Magistrados: Pettigiani, Soria, Roncoroni, Hitters, Genoud, Kogan, Negri, de Lázzari. Expediente: P 79378. Voto Minoría: PETTIGIANI. Publicado: BA B70810.

³⁰² Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 22/12/2004. Partes: D., M. d. C. R., J. D. s/robo calificado, homicidio criminis causa en grado de tentativa. Lexis N° 14/104032. Magistrados: Hitters, Roncoroni, Soria, Kogan, Genoud, de Lázzari. Tipo: Definitiva. Expediente: P 83881. Minoría. Penal. Publicado: BA B69197.

en el que el recurrente denuncia la violación de los arts. 40 y 41, CPen. e impugna la valoración de la nocturnidad como circunstancia agravante de la pena si ha llegado firme que el acusado esperó a que quedara un solo pasajero en el ómnibus para comenzar a ejecutar el delito y aprovechó la mayor indefensión de la víctima, amparándose en el contexto de la nocturnidad para facilitar el hecho, por lo que no existe absurdo alguno en afirmar que la comisión en horas de la noche del robo en juzgamiento, lo hace más grave conforme las disposiciones del art. 41, CPen.”³⁰³.

(6) Al igual que con cualquier agravante o atenuante, debe siempre explicitarse en qué consiste la peligrosidad y dar los fundamentos que en el caso concreto hacen que opere como merma o incremento de pena. En este sentido es acertado sostener que “Debe anularse parcialmente la sentencia en la medida en que condenó por violaciones reiteradas y robo con armas computando como agravante la peligrosidad del imputado sin indicarse qué particularidades tomó en cuenta para arribar a tal conclusión -del voto en disidencia de los Dres. Hitters, Negri, Pettigiani y De Lázzari-“³⁰⁴.

(7) Se ha sostenido que la conducta procesal no puede ser tenida en cuenta como agravante. Pero no debe equivocarse la apreciación como agravante del hecho de que el imputado haya cometido el delito en oportunidad de encontrarse en libertad caucionada, ya que en rigor no se trata de un comportamiento procesal, al menos relativo al proceso en el que se considera la agravante. Pero de cualquier manera, aun descartando que se trata de comportamiento procesal correspondiente al proceso en que es juzgado y graduada pena, tampoco puede ser estimado como agravante que el imputado haya cometido el delito encontrándose bajo libertad caucionada, ya que su deber de no cometer delitos es igual al de las personas que no se encuentran bajo proceso ni

³⁰³ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 16/05/2007. Partes: Vega, Marcelo Eduardo s/ Tenencia ilegal de arma de guerra, etc. Lexis N° 14/115988. Magistrados: Soria, Kogan, Roncoroni, Genoud, Hitters, Pettigiani, Negri, de Lázzari. Expediente: P 82325. Voto Minoría: RONCORONI. Penal. Publicado: BA B70680.

³⁰⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 11/04/2007. Partes: O., M. Lexis N° 1/70040156-8. Expediente: P. 68.660.

libertadas bajo caución. Se trataría en definitiva de intentar hacer valer una vez más la idea de causa en trámite, ya como incrementador por peligrosidad, ya como incrementador por mayor culpabilidad por la actualización que imprime el proceso en trámite y en particular la libertad caucionada, pero el problema es que de alguna manera se vulnera el principio de inocencia, ya que no puede desconocerse que en la conciencia del autor, en tanto no haya recaído sentencia firme, pueden obrar razones para que se estime inocente, cosa que efectivamente era al momento del hecho, por lo que el incremento de culpabilidad debe ser rechazado y en igual forma la atribución de peligrosidad. Basta imaginar un caso de error judicial, o un supuesto como tantos en que la persona no fue culpable y nunca la jurisdicción arribe a conclusión alguna, para desechar los argumentos de incremento de peligrosidad o de incremento de culpabilidad. Podría sostenerse de otro lado que pese a ser inocente y pese a tratarse de un proceso incorrecto o ilegal en su contra, la persona sometida a proceso y liberada mediante caución, resulta más peligrosa por cometer un delito en tal situación, pero en rigor no se acredita de tal manera por qué resulta más peligrosa que otra sin condena ni causas en trámite que cometa el delito en igual oportunidad. Por ello no cabe compartir que “Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley pues no configura una infracción al régimen de los arts. 40 y 41 CPen., ni se infringe el principio de culpabilidad ni se transgrede el art. 18 CN. cuando se toma en cuenta para imponer la pena, que el delito que se imputa en estos autos haya sido cometido mientras el autor se encontraba bajo un régimen de libertad caucionada por imputársele otro ilícito; tal dato resulta significativo como situación antecedente en la cual se encontraba el sujeto, y es demostrativo de mayor peligrosidad”³⁰⁵.

(8) Un perfil o razón por la que la ley permite un plus de agravante por peligrosidad, se halla extendida por ejemplo en el tipo penal de hurto o robo con escalamiento, porque la acción de escalar conlleva un esfuerzo

³⁰⁵ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 11/10/2006. Partes: Villalba, Carlos Alberto s/ Robo calificado, resistencia a la autoridad, etc. Lexis N° 14/113221. Magistrados: Kogan, Hitters, Soria, Negri, Genoud, Pettigiani, Roncoroni, de Lázzari. Expediente: P 89970. Voto Mayoría: HITTERS. Publicado: BA B70177.

por parte del actor que demuestra mayor peligrosidad ya que para llevar a cabo el delito vence el obstáculo que representan las defensas que constituyen por ejemplo los muros de la casa. Ese esfuerzo manifiesto significa mayor peligrosidad acreditada en el momento del hecho. Lógicamente, en el robo o hurto con escalamiento ya ese elemento es constitutivo del delito, y sólo podrá representar además agravante en la medida de la pena cuando el escalamiento efectuado, entre los posibles escalamientos, constituya un mayor esfuerzo que otros, no violándose entonces en tal caso la prohibición de doble valoración. Mas esta noción receptada en los tipos penales mentados, no es otra que el grado de peligrosidad mostrado para efectuar el hecho, concepto que se extiende mediante los arts. 40 y 41, para su consideración, en toda la gama de tipos penales. Con este significado se ha dicho que “El ‘escalamiento’ que agrava las figuras de robo y hurto requiere del ascenso o descenso efectuado mediante un esfuerzo, actividad o artificio llevado a cabo por el sujeto para vencer predisposiciones defensivas que desempeñen una función de efectivo cercamiento en la protección de la cosa y dificulten su desapoderamiento, lo cual debe resultar del análisis de la naturaleza del obstáculo y de las diversas circunstancias fácticas vinculadas a la cosa como su colocación y lugar, más que de la intención del sujeto pasivo; la razón de ser de la agravante toma en cuenta la demostración de mayor peligrosidad en el autor en tanto debe vencer defensas que se oponen al desapoderamiento perseguido”³⁰⁶.

(9) El disparo no justificado ni disculpado efectuado cuando quien lo recibe se encuentra de espaldas a quien lo emite, debe ser distinguido del disparo efectuado de frente, ya que el primero permite actuar sobre más seguro que con respecto al segundo y representa mayor grado de peligrosidad. Tal pauta mensurativa, en el marco del art. 51 CP, es cierto puede cuadrarse no sólo en las circunstancias que demuestren su mayor peligrosidad sino en la naturaleza de la acción. Ora en una ora en otra, sólo puede computar una vez. Visto desde la perspectiva de un mayor grado de injusto, lo cual indica su cuadratura en la naturaleza de la acción,

³⁰⁶ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª. Fecha: 11/04/2006. Partes: Vázquez, Rubén D. Lexis Nº 1/1013264.

según creo entender, se ha dicho que “Si el disparo se realizó cuando el imputado estaba de espaldas dicha modalidad supone mayor contenido del injusto y justifica su ponderación como agravante”³⁰⁷.

(10) La consideración como agravante de la cantidad de jóvenes que concurrían al lugar de quien tiene estupefacientes con fines de comercialización, es un aspecto extratípico que cabe cuadrar en el peligro causado. Es cierto que este peligro causado puede ser traducido o explicado como una exteriorización de la peligrosidad del autor y por tanto también hacerla valer en las circunstancias que muestren su mayor peligrosidad. Pero lo que no puede hacerse es computarla dos veces. Por lo general las circunstancias que cuadran en el peligro causado son demostrativas de mayor peligrosidad del autor y no cabe formular objeciones que así sea explicado en la sentencia, mientras no se compute esa circunstancias dos veces. Cabe compartir el criterio que sostuvo que “La enumeración efectuada en los arts. 40 y 41 CPen., es puramente enunciativa y explicativa, y no excluye ninguno de los elementos referentes a la persona o al hecho dignos de ser considerados y que representen mayor o menor gravedad del delito cometido, o de la peligrosidad del delincuente. No encuentro en modo alguno infundada, errónea o violatoria del principio de "ne bis in idem", la ponderación, como agravante de la pena que finalmente se impuso, de "la cantidad de jóvenes que concurrían a su domicilio donde guardaba una importante cantidad de estupefaciente", que además comercializaba, como muestra del grado de peligro causado por la conducta por la que fue condenado. Específicamente, como evidencia de la peligrosidad que importó aquella tenencia del estupefaciente con fines de comercialización, que se le enrostró” (Dr. Hornos, en disidencia parcial)³⁰⁸.

(11) El juicio de peligrosidad no puede computarse como agravante sobre la base de circunstancias que ya han sido tenidas como agravatorias con

³⁰⁷ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª. Fecha: 21/12/2004. Partes: Galloso, Rubén B. s/recurso de casación. Lexis N° 14/103956.

³⁰⁸ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª. Fecha: 08/09/2004. Partes: Damen, Diego J. s/recurso de casación. Lexis N° 22/8138. Magistrados: Hornos, Capolupo de Durañona y Vedia, Berraz de Vidal. Número: 4417. Expediente: 6018.4.

encuadre en el inciso primero del art. 41 CP, bajo violación de doble valoración. Si se consideró agravante que el imputado haya efectuado un disparo con proyectil de punta hueca contra un grupo de menores, cuadrando tal circunstancia de modo amplia en todas las pautas del inciso 1° art. 41 CP, no puede luego sobre tal base cargarse con otra agravante por peligrosidad. Distintos es que se grave una sola agravante cuadrándola tanto en el inciso primero y en el segundo, es decir explicando que tales circunstancias constituyen tanto pautas que cuadran en el inciso primero y que permiten sostener mayor peligrosidad, mas siempre cargando con una sola agravante. De allí que devenga cuestionable sostener que “Efectuar un disparo con un proyectil de punta hueca contra una persona” Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que el recurrente denuncia la inobservancia de los arts. 40 y 41 CPen. y 18 CN., cuestionando el juicio de "peligrosidad" efectuado por el sentenciante, si el inc. 1 del art. 41 mencionado se refiere lisa y llanamente a "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado", de modo que el tribunal pudo invocar válidamente la modalidad del ataque, consistente en disparar un arma de fuego con proyectil de punta hueca, contra un grupo de menores de edad y sin que mediara justificación válida de ninguna clase para un accionar deletéreo -tal índole- lo que está referido a la primera parte del artículo citado, agravante ésta de naturaleza objetiva relacionada con el hecho en juzgamiento; independientemente del subjetivismo del autor captado por el inc. 2 de la norma en cuestión” (Del voto del juez Roncoroni)³⁰⁹.

(12) Extraer como conclusión un mayor grado de peligrosidad a partir de la propia y limitada acción típica atribuida es incurrir en doble valoración. Sostener una agravante porque el autor accedió carnalmente a la víctima en el delito de violación, o que desapoderó ilegítimamente con fuerza en el delito de robo, o que mató en el delito de homicidio, no puede ser

³⁰⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 28/07/2004. Partes: Brizuela, Gabriel M. s/recurso de casación. Lexis N° 14/98260. Magistrados: Roncoroni, Genoud, Kogan, Pettigiani, Negri, Soria. Tipo: Definitiva. Expediente: P 82717. Mayoría. Publicado: BA B68528.

aceptado porque se valora dos veces un mismo aspecto sin fundamento. Correctamente se ha indicado que "Incorre en absurdo el órgano juzgador al ponderar como agravante "respecto de ambos hechos la peligrosidad demostrada... llegando al punto de terminar con la vida de un ser humano", ya que, en lo que al homicidio se refiere, si no hubiera habido muerte, no habría una tal imputación. (Del voto del juez Sal Llargués)³¹⁰.

(13) La comisión de un delito de robo por dos agentes activos merece computar como agravante la pluralidad de actores, mas tal circunstancias cuadra o en los medios empleados, o en circunstancia de mayor peligrosidad. Esto es, sólo computa como una agravante. De cualquier forma puede argumentarse que tal circunstancia, dos agentes activos, cuadra en los medios empleados, que se aparta ya del mínimo requerido de un agente activo, lo cual implica mayor peligrosidad exhibida en el hecho por la capacidad asociativa de los agentes para la realización del ilícito. Pero siempre puede computarse una sola agravante. Vinculado a este tópico se ha expresado que: (i) "Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que la defensa invocó la aplicación errónea de los arts. 40 y 41 CPen., si su argumento ha consistido en que fueron "sólo dos" los intervinientes, sin explicar por qué dicho modo de consumación del hecho ilícito no resultaría demostrativo de una mayor peligrosidad"³¹¹; (ii) "Resulta procedente tener a la pluralidad de partícipes intervinientes en el despojo como circunstancia agravatoria de la pena, toda vez que resulta "Índice de mayor peligrosidad" en los términos del art. 41 del CPen."³¹².

³¹⁰ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª. Fecha: 24/06/2004. Partes: Antúnez, Oscar A. s/recurso de casación. Lexis N° 14/99775. Magistrados: Sal Llargués, Natiello, Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 9800. Mayoría. Publicado: BA B3256200.

³¹¹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 23/12/2003. Partes: Ferreira, Juan P. o Juan R. y otro s/robo calificado por el uso de armas, etc. Lexis N° 14/97721. Magistrados: Soria, Kogan, De Lázzari, Negri, Genoud. Voto: Soria. Tipo: Definitiva. Expediente: P 68396. Sin disidencia. Publicado: BA B79580.

³¹² Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª. Fecha: 07/09/2004. Partes: Rementería, Daniel A. Lexis N° 1/70015044-3. Expediente: 7450.

(14) Que en un robo intervengan diez personas incrementa la gravedad del hecho por el mayor poder ofensivo y de intimidación, pauta cuadrable en los medios empleados y que puede ser traducida en la mayor peligrosidad que ello implica, pero no parece que haya un incremento de culpabilidad. Esto es, no se entiende que pueda haber un mayor grado de culpabilidad por el hecho por la intervención de tres, cinco o diez intervinientes. De allí que en lo que hace a ese aspecto, no parece ser acertado sostener que “Nada obsta a que el juzgador pueda ponderar el mayor grado o intensidad de violencia que implica el número especial de intervinientes en el hecho, pues, no es lo mismo que participen tres sujetos que lo hagan diez. Tampoco, a que valore, por ejemplo, la especial modalidad de la intervención plural de los agentes. Justamente, al establecer el legislador un marco penal, contempla allí los diversos grados posibles de gravedad que puede presentar el delito en su concreción. En consecuencia, la forma o el modo en que se ha manifestado el hecho no es indiferente para determinar la mayor o menor gravedad del ilícito y, por ende, el reproche de culpabilidad que corresponde formular a su ejecutor”³¹³.

(15) Pautas tenidas como agravantes tales como la naturaleza de la acción, los medios para cometer el hecho, la extensión del daño y el peligro causados pueden ser explicados o fundamentados como manifestaciones de mayor peligrosidad, pero de ninguna manera esta sostenida expresión de mayor peligrosidad puede ser independizada de aquellas, esto es, constitutiva de un agravante independiente. Por ello, es ejemplar el resolutorio que sostuvo que “No pueden ser consideradas como pautas de cuantificación independientes a las ya valoradas en la sentencia de primera instancia, lo que podría haber significado la transgresión de los arts. 314 y 342 CPP. -seg. ley 3589 y sus modif.-, que el a quo aludiera al “contenido de injusto” en tanto lo hizo en clara alusión a la “naturaleza de la acción” (art. 41 inc. 1, CPen.) llevada a cabo por el imputado en los dos sucesos que describió, y a la “peligrosidad”, pues en

³¹³ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 24/09/2003. Partes: Leguizamón, Jesús C. y otro s/robo calificado. Lexis N° 14/90522. Magistrados: Soria, Kogan, Salas, Negri, Genoud. Voto: Soria. Tipo: Definitiva. Expediente: P 82938. Sin disidencia. Publicado: BA B78854.

este caso su empleo en el contexto de la sentencia no puede ser considerado como una pauta agravante más sino como la explicitación de que las anteriores fueron consideradas como aumentativas de la sanción, en tanto y en cuanto constituyen indicadores de ella, es decir de una "mayor peligrosidad" (art. 41 inc. 2, CPen.)³¹⁴.

(16) Es correcto admitir como agravante que el modo en que se accede carnalmente, se robe, se mate, etc., si resulta una exteriorización de mayor peligrosidad deba constituir por ello agravante, sin que se afecte la prohibición de doble valoración porque justamente dentro de los posibles modos de ejecución del hecho, el considerado se encuentra por arriba del mínimo normalmente imaginable en lo que a gravedad por mayor peligrosidad hace, por lo que en tal medida puede ser valorado como agravante asignándosele el quantum de pena respectivo. En este sentido, se expresó que "En general, cualquier figura penal, considerada con todos los extremos requeridos por el tipo, admite distintas modalidades de ejecución, es decir, maneras variables y particulares de ser llevada a cabo. La modalidad, entonces, en tanto forma peculiar de la especie, no se confunde con las circunstancias calificantes contenidas en la norma, sino que, por el contrario, éstas pueden resultar a su vez calificadas por aquélla. Y en tanto ello delate mayor peligrosidad, puede válidamente computarse como agravante"³¹⁵.

(17) No se explica en qué consiste la mayor peligrosidad cuando se sostiene que "La utilización como medio comisivo, en la ejecución de un robo simple, de un instrumento que aparentara ser un arma de fuego evidencia razonablemente una mayor peligrosidad en el autor con el

³¹⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 13/08/2003. Partes: Verón, Julio A. s/violación y robos agravados. Lexis N° 14/89073. Magistrados: Pettigiani, De Lázzari, Hitters, Negri, Salas. Voto: Pettigiani. Tipo: Definitiva. Expediente: P 64459. Sin disidencia. Publicado: BA B78304.

³¹⁵ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 16/07/2003. Partes: Del Carmen, Víctor M. y otro s/robo privación ilegal de la libertad. Lexis N° 14/88823. Magistrados: Hitters, De Lázzari, Negri, Genoud, Roncoroni. Voto: Hitters. Tipo: Definitiva. Expediente: P 68456. Sin disidencia. Publicado: BA B78184.

consecuente aumento en el reproche”³¹⁶. E incluso allende tal ausencia de explicación, tampoco parece haber un plus de peligrosidad en el robo simple cometido con tal clase de intimidación, ya que simular llevar un arma de fuego realmente no evidencia un mayor grado de peligrosidad en comparación con otros modos de intimidación posibles para el robo simple.

(18) Es correcto sostener que “La pluralidad de víctimas constituye una circunstancia agravante en tanto denota una repetición de decisiones delictuales”³¹⁷, porque no es lo mismo robar a una persona que robar a tres, traduciéndose tal circunstancia en un mayor grado de peligrosidad en cabeza del autor.

(19) El raid delictivo expresa mayor peligrosidad, ya que representa temeridad en el accionar y repetición de hechos concatenados temporalmente. En efecto, si es cierto que la reiteración delictiva, el concurso real, incrementa la gravedad por mayor peligrosidad, también es cierto que independientemente de la independencia de los hechos, el raid por sí constituye un agravante con fundamento en la mayor peligrosidad. De allí que si bien cabe compartir la conclusión no así el fundamento cuando se sostuvo que “El raid delictivo es agravante pues revela persistencia y esto dice muchísimo en el sendero de la peligrosidad, en cuanto posibilidad de reincidencia”³¹⁸. En efecto, no cabe valorar como prognosis delictiva al raid sino como peligrosidad expresada en la concatenación de hechos efectuadas.

³¹⁶ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 2ª. Fecha: 23/04/2002. Partes: Olguín, César D. s/Recurso de casación. Lexis N° 14/101238. Magistrados: Celesia, Hortel, Manzini. Voto: Celesia. Tipo: Definitiva. Expediente: P 5531. Sin disidencia. Publicado: BA B3285415.

³¹⁷ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 13/03/2002. Partes: Torales, Pablo D. s/robo con intimidación en las personas. Lexis N° 14/83777. Magistrados: Pisano, Pettigiani, Negri, de Lázzari, Salas. Voto: PISANO. Sin disidencia. Publicado: BA B76340.

³¹⁸ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª. Fecha: 24/05/2001. Partes: Alegre, Emanuel M. s/Recurso de casación. Lexis N° 14/94484. Magistrados: Borinsky, Mahiques, Celesia. Voto: Borinsky. Tipo: Definitiva. Expediente: P 4210. Sin disidencia. Publicado: BA B3315133.

(20) Usar medios narcóticos para efectuar un robo implica una agravante que cuadra en los medios empleados y que se traduce en mayor peligrosidad, por el riesgo particular para la salud que ello implica, por un lado, y por la indefensión que tal medio causa, por el otro. Para determinarse si el uso de narcóticos para efectuar un robo es o no agravante debe compararse con otros medios de efectuar el robo simple. Por tal andarivel transita la explicación que constituye a dicho medio en un agravante. En sentido más o menos parecido se ha expresado que “De ningún modo una circunstancia fáctica que agrava la escala penal puede valorarse doblemente: como calificante en el tipo penal y como agravante en la individualización judicial. Ello obedece a que su consideración más gravosa ya fue motivo de valoración por parte del legislador a los efectos de la estructuración del respectivo tipo penal, y por ende, cometido el delito, su nueva selección por el juzgador a la hora de acrecentar la sanción importa una vulneración de la prohibición de la doble valoración, comprendida actualmente como un aspecto de la garantía del non bis in idem. Sin embargo, el uso de medios hipnóticos o narcóticos, como medio violento del robo (arts. 78 y 164 CPen.), puede ser luego valorado por el tribunal de mérito como una de las circunstancias agravantes de la pena a imponer. Ello así, porque la figura del robo simple prevista en el art. 164 de dicho cuerpo normativo incluye, como medio comisivo, la "violencia física en las personas", y por lo tanto conforme la indicación del art. 78, debe incluirse en ella el uso de medios hipnóticos o narcóticos. Por ello es que su posterior consideración por parte del sentenciante a los fines del juicio de peligrosidad necesario para la graduación de la sanción, es tan viable como acudir a otras pautas de uso frecuente como la valoración del mayor o menor poder vulnerante del arma empleada para reducir a la víctima, la mayor o menor toxicidad de la sustancia administrada, la mayor o menor intensidad del golpe asestado, etcétera”³¹⁹.

(21) Siempre cualquier agravante debe ser explicada. Luego, la peligrosidad estimo debe referirse a la exhibida en el hecho concreto, sin

³¹⁹ Tribunal: Trib. Sup. Just. Córdoba. Fecha: 07/08/2000 Magistrados: RUBIO, CAFURE DE BATTISTELLI, TARDITTI. Lexis N° 32/544. Partes: REYNA, VERÓNICA DEL VALLE Y OTRA s/ P.SS.AA. DE HOMICIDIO, ETC. -RECURSO DE CASACIÓN.

que ello implique hacer un juicio de probabilidad sobre la comisión de futuros delitos. Se trata de una circunstancia agravante en razón de un aspecto concreto que permite inferir que el imputado en el caso en examen resultó peligroso para los bienes jurídicos tutelados. La peligrosidad es un aspecto subjetivo del autor pero que no se computa en su valoración hacia el futuro, porque en rigor no se sabe qué hará o dejará de hacer, sino como un perfil mostrado en el pasado, precisamente en el o los hechos por los que se lo juzga, como por ejemplo el raid delictivo, el aprovechamiento de la nocturnidad, etc. Así las cosas, con esa línea de pensamiento, corresponde coincidir con el sumario siguiente en lo relativo a la necesidad de fundamentación pero no en cuanto a que implícitamente admite la prognosis delictiva como agravante. Se ha dicho que: "Para fundamentar el juicio de peligrosidad la nuda cita de "la prueba rendida" es un aval manifiestamente insuficiente para acreditar aquel extremo, tanto más si, entendido como un pronóstico positivo acerca de la comisión futura de hechos similares, la conducta del imputado, en la forma como ha sido recreada por el a quo, no exhibe perfiles objetivos ni subjetivos que autoricen la formulación de presagios de ese tenor"³²⁰. En cambio, acertadamente, no parece adherir a la fundamentación de la agravación por mayor peligrosidad sustentada en prognosis, cuando se sostiene que "Cabe predicar la peligrosidad como agravante, es decir la potencialidad del daño en grado de inminencia, de quien lleva a cabo una riesgosa empresa delictiva perpetrada de manera asociada, y que luego no vacila en cometer nuevos delitos para escapar de la represión de la autoridad en ejercicio de sus funciones, empleando en todo el contexto un arma de grueso calibre que no vacila en disparar"³²¹.

(22) Es un error atribuir al inciso segundo del art. 41 una completa referencia a la peligrosidad del autor. Cuando dicha norma refiere a los

³²⁰ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 1ª. Fecha: 13/07/1999. Partes: Caloso, Raúl Francisco s/recurso de casación. Lexis N° 22/3666. Magistrados: Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci.

³²¹ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª. Fecha: 24/05/1999. Partes: Giménez, Ignacio s/Recurso de Casación. Citar Lexis N° 14/94408. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 65. Sin disidencia. Publicado: BA B3255091.

motivos que lo llevaron a cometer el delito está hablando de grado de culpabilidad, visto que la culpabilidad es la motivación contraria a la norma jurídica, luego cuando menta la intervención que haya tenido en el hecho, ni siquiera está significando un aspecto subjetivo del autor sino un aspecto objetivo del hecho, en concreto el grado de intervención del autor, sólo por traer a colación algunos ejemplo que demuestran que en el inciso segundo del art. 41 operan tanto aspectos objetivos como subjetivos, y además que estos últimos no están dirigidos a la peligrosidad de modo exclusivo. Además como ya se ha explicitado, una circunstancia que cuadra en el inciso primero puede estar fundamentada en que representó mayor peligrosidad por parte del autor, mas lo que no se puede hacer a partir de ello es establecer dos agravantes, una por la circunstancia objetiva del inciso primero y luego tomarla para extraer como conclusión que el individuo reveló mayor peligrosidad, porque en ese caso se estaría violando la prohibición de doble valoración. Pues, sentada esta línea de pensamiento, cabe estar en desacuerdo cuando se sostiene que “El inc. 1º del art. 41 del Código Penal se refiere lisa y llanamente a la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados, mientras que del inc. 2º resulta la peligrosidad, de modo que el fallo pudo invocar válidamente, por un lado la cruel modalidad del hecho, agravante ésta de naturaleza objetiva, independientemente del subjetivismo del autor captado por el inc. 2º, sin que ello implique doble valoración de una misma circunstancia agravante”³²².

(23) Tanto los atenuantes como los agravantes deben estar debidamente fundamentados, siempre. Un condicionamiento patológico puede por un lado, en su caso y de hallarse corroborado, generar mayor o menor peligrosidad, y por el otro a su vez menor culpabilidad. En otras palabras, puede ir asociado el condicionamiento patológico tanto estableciendo mayor grado de peligrosidad y a su vez menor grado de culpabilidad, debiendo en tal caso computarse el condicionamiento en ambos sentidos. Tampoco cabe descartar a priori que pueda darse un condicionamiento

³²² Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 10/06/1997. Partes: Barboza, Julio Anselmo s/ Homicidio. Lexis Nº 14/58619. Magistrados: Negri, Pettigiani, Laborde, Pisano, San Martín. Publicado: BA B65023.

patológico que produzca por un lado menor peligrosidad y por el otro a su vez menor culpabilidad, debiendo computar tal condicionamiento dos atenuantes. Implícitamente parece contener otra matriz más restringida de posibilidades el pensamiento que sostiene que “Es insuficiente la denuncia de violación de los arts. 40 y 41 del Código Penal por no haberse considerado como atenuante el ‘condicionamiento patológico del accionar del procesado’, si no se demuestra que tal condicionamiento constituya un índice de menor peligrosidad”³²³. Del mismo modo que se ha sostenido que un condicionamiento patológico puede actuar por un lado como agravante dado su incremento de peligrosidad y a su vez como minorante por el menor grado de culpabilidad por el hecho, también puede sostenerse en esa misma línea de pensamiento que “La violenta emoción -no excusable jurídicamente- puede implicar un grado de peligrosidad que se considere agravante; pero puede implicar también una disminución de la capacidad de comprensión y dirección del sujeto y, por la vía de “los motivos que lo llevaron a delinquir” (art. 41 inc. 2 CP), debe tener efecto atenuante”³²⁴.

(24) La evaluación de mayor o menor peligrosidad demostrada en el hecho, de acuerdo a las circunstancias del caso, no parece agotarse respecto de las personas físicas, sino que en rigor la peligrosidad se refiere a la vulneración de bienes jurídicos, con particular referencia al bien jurídico protegido por la norma violada. De allí que resulte dudosos sostener que “No es índice de mayor peligrosidad el delito dirigido en perjuicio de una persona jurídica -que es invisible, ficticia o ideal- en razón del sujeto pasivo, porque en la esfera subjetiva no corrompe el deber de gratitud y lealtad con el mismo grado del delito cometido contra la persona

³²³ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 17/09/1996. Partes: I., C. E. s/ Violación calificada. Estupro calificado. Lexis N° 14/4906. Magistrados: San Martín, Ghione, Pettigiani, Laborde, Hitters. Publicado: BA B64517.

³²⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 12/09/1995. Partes: Orlando, Alberto H. -P. 54596. Lexis N° 1/22670. Publicado: JA 1996-II-529.

física. Por ello, el agravante señalado no empece, como tal, a la aplicación del mínimo legal de pena³²⁵.

IX. El conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho

(1) El juez debe conocer toda la información relativa a la investigación efectuada y, por ende, debe tomar conocimiento directo de las circunstancias del hecho, condición sin la cual no podría realizar su

³²⁵ Tribunal: C. Fed. La Plata, sala 1ª. Fecha: 12/07/1983. Partes: Caputo, Eduardo M. Lexis N° 34/1992.

función³²⁶. Se discute si es obligatorio bajo sanción procesal que el juez tenga contacto directo con el imputado, ello siempre a los efectos de medir la sanción penal. La posición mayoritaria entiende que su incumplimiento no acarrea sanción³²⁷. Parece acertada la posición de la mayoría que deja a consideración del juez tal posibilidad “en la medida requerida para cada caso”, tal como literalmente lo establece el art. 41 CP³²⁸. Actualmente la disputa en parte habría perdido importancia debido a la generalización de juicio oral. Pero tal situación no es absoluta, porque no puede pasarse por alto las causas que se finiquitan por medio del juicio abreviado en sede de tribunal oral o juzgado correccional, ni tampoco puede olvidarse el mecanismo especial de flagrancia instaurado por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, que permite que se dicte sentencia por juicio abreviado en sede del juzgado de garantías, situaciones en las que puede ocurrir que en definitiva no haya contacto directo entre el juez, por un lado, y el imputado, la víctima y las circunstancias del caso. Por ende la discusión sigue encontrándose vigente. La norma del art. 41 inciso segundo es clara y amplia por cuanto exige que el juez tome conocimiento directo y de visu no sólo respecto de las circunstancias del caso y del imputado, sino además de la víctima. Pero esta obligación la deja el legislador a consideración del juez, en la medida requerida para cada caso. Con lo que, en lo que a interpretación literal hace, puede el juez no tomar conocimiento directo del imputado ni de la víctima, si estima que ello no es necesario para dictar sentencia ajustada a derecho. En cuanto a los fundamentos, en el marco de un derecho penal de acto, pareciera que la necesidad de que el juez tome conocimiento directo y de visu del imputado, tampoco sería un elemento determinante para la medición de la pena, ya que básicamente al encartado se lo juzgará por lo hecho y no por las impresiones que él pueda dar. En cuanto a la víctima tampoco parece determinante tal contacto directo en la medida en que haya constancias en autos que permitan establecer clara y acabadamente la afectación que sobre ella pudo tener el hecho juzgado. En cuanto a las circunstancias del hecho, es obvio que el juez debe conocerlas acabadamente, pero para tal cometido

³²⁶ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 424.

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ De otro modo DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 721.

no es necesario que tome contacto directo con el cuerpo del delito, ni con el lugar del hecho, etc. Por tanto, con tales salvedades y precisiones, no conlleva la nulidad que el juez no tome contacto directo con el imputado, la víctima y las circunstancias del caso, en lo que hace a la medición de la pena.

(2) Con similar criterio se expresó que: (i) “No puede prosperar la queja interpuesta por la defensa técnica del imputado en lo que respecta a la endilgada omisión a la Cámara de la audiencia del art. 41 inc. 2 CPen., si bien en su presentación directa intenta desvirtuar lo sostenido a ese respecto en el auto denegatorio, insistiendo con lo argumentado al interponer el recurso de inconstitucionalidad acerca de la nulidad que acarrearía a la decisión la falta del conocimiento “de visu” del imputado que impone dicho artículo, lo cierto es que no alcanza a rebatir de modo adecuado lo afirmado por el a quo respecto de que, por el contrario, la omisión de dicha regla no apareja nulidad, habida cuenta que la norma legal deja librado al criterio, necesidad y utilidad del magistrado la conveniencia o no del cumplimiento, lo que encuentra fundamento en la expresión con que finaliza el artículo que expresamente señala: “...en la medida requerida para cada caso”; quedando pues, en pie tales fundamentos”³²⁹; (ii) “El art. 41 inc. 2º del Código Penal sólo impone el ‘conocimiento de visu’ en la medida requerida por cada caso”³³⁰; (iii) “La ausencia de “conocimiento de visu” del imputado (artículo 41 del Código Penal) por parte del órgano de Alzada no invalida por sí sola el pronunciamiento dictado, máxime si el mismo se hubiera realizado por la instancia inferior”³³¹; (iv) “Es insuficiente el recurso extraordinario de

³²⁹ Tribunal: Corte Sup. Just. Santa Fe. Fecha: 01/09/2004. Partes: I. J. A. Y OTROS s/QUEJA POR DENEGACIÓN DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD /ROBO. Citar Lexis N° 18/25599. Magistrados: VIGO, GASTALDI, NETRI, SPULER. Expediente: 184/2004.

³³⁰ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 17/10/1995. Partes: M., J. y. o. s/ Robo. Lexis N° 14/57687. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Pisano, Negri, Laborde, San Martín, Salas, Mercader.

³³¹ Tribunal: Corte Sup. Just. Santa Fe. Fecha: 03/03/1993. Partes: F, V P Y OTRA. Lexis N° 18/3547. Magistrados: ULLA, ÁLVAREZ, FALISTOCCO, IRIBARREN, VIGO.

inaplicabilidad de ley en el que se denuncian transgredidos los arts. 40 y 41 del Código Penal por no haberse realizado el conocimiento de visu reglado en el art. 41 in fine del Código Penal, sosteniéndose además que la omisión no pudo subsanarse por vía del art. 8 del Código de Procedimiento Penal, si no se demuestra que la diligencia en la que el acusado compareció ante el tribunal no satisfizo lo requerido en el art. 41 inc. 2º del Código Penal”³³².

(3) Toda pauta agravatoria o atenuante debe hallarse debidamente explicada y fundamentada por el órgano jurisdiccional que la hace valer. En este sentido se sostuvo que “La simple alusión a ‘la impresión recogida por el tribunal’ respecto del condenado no puede ser tenida en cuenta a la hora de individualizar la sanción si no se explicitan las razones que justifiquen la impresión causada”³³³.

(4) Desde otra posición se sostuvo que “La audiencia ‘de visu’, que ordena el art. 41 CPen., es de rigor y sólo puede dispensarse cuando el juez que dicta la sentencia conoce al procesado”³³⁴. Cabe apuntar que esta exigencia rigurosa en realidad no es reglamentarista en el sentido que no explica la norma en cuanto ésta dice que tales extremos serán necesarios en la medida requerida para el caso.

(5) Visto que el contacto directo con el imputado tiene lugar sólo a fin de graduar pena, es lógico sostener que “Cuando la condenación del procesado es al mínimo de pena legal, es innecesaria su audiencia a los efectos del art. 41 CPen., aunque haya sido solicitada por la defensa, en razón de que sería inalterable la pena que se le impone”³³⁵. Pero por otro

³³² Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 01/12/1992. Partes: C., P. A. s/ Robo reiterado agravado. Lexis Nº 14/55301.

³³³ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 3ª. Fecha: 13/08/2007. Partes: González, Pablo A. Lexis Nº 1/70040810-5.

³³⁴ Tribunal: C. Fed. La Plata, sala 1ª. Fecha: 28/07/1983. Partes: Blanco, M. A. s/falso testimonio. Lexis Nº 34/1998.

³³⁵ Tribunal: C. Fed. La Plata, sala 1ª. Fecha: 01/01/1978. Partes: Muñoz, R. V. s/averiguación de irregularidades. Lexis Nº 34/376.

lado, cabe preguntarse para esta posición qué sucede cuando no se regule pena en el mínimo.

§ 7. Otras circunstancias de atenuación o agravación

La enumeración del art. 41 CP no es taxativa. Por ello corresponde considerar otras circunstancias, que puedan obrar como atenuantes o agravantes, que no encuadren concretamente en las enumeradas en dicha norma³³⁶, ni que encuadren en otras circunstancias del hecho concreto conforme art. 40. Actos o conductas posteriores al delito pueden ser apreciados a los fines de individualizar la pena, tales como la conducta procesal o la profundización o reducción del daño causado, entre otras; aunque ha habido criterio distinto en el sentido de que no se ha admitido el ingreso de comportamientos del imputado posteriores al hecho porque se ha dicho que sólo la conducta precedente es la que legalmente cabe admitir³³⁷. Pero cuestiones de compensación de culpabilidad y de prevención general positiva, parecen tornar admisible que conductas posteriores al hecho delictivo puedan admitirse para graduar pena, y con mayor razón cuando obren como atenuantes en favor del inculpado.

I. Conducta procesal

(1) Existe una tensión entre el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de que se estimen como agravantes conductas procesales efectuadas por el inculpado. La solución a esta situación consiste en la no admisibilidad de agravaciones en el monto de la pena por comportamientos procesales del imputado o su defensa, y, en cambio, en la admisibilidad de atenuantes por conducta procesal. La asimetría de tratamiento de las situaciones no debe llamar la atención ya que es una

³³⁶ DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 715.

³³⁷ Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3°, 30/12/2003, Falero, Carlos R. LNO nro 70014862.

características del sistema de imputación penal. Visto en el contexto de tal tensión, no pueden ser considerados agravantes que el imputado sea mendaz en su deposición, que efectúe requerimientos o plantee cuestiones que devengan dilatorias, que se haya dado a la fuga al momento del hecho y al ser perseguido por el personal policial ni obviamente que no haya prestado declaración indagatoria.

(2) Correctamente se ha dicho que “La restricción del derecho de defensa sólo puede evitarse mediante la prohibición de valorar negativamente la conducta procesal del imputado”³³⁸.

(3) Cabe compartir plenamente que “El tribunal de mérito interviniente interpretó erróneamente las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 CPen. al tener en consideración, como circunstancia agravante de la pena, la conducta procesal que desplegó en su defensa el condenado durante el proceso”³³⁹.

(4) “Lesiona el derecho de defensa en juicio la sentencia condenatoria que considera como circunstancia agravante la mendacidad del imputado al momento de prestar declaración indagatoria”³⁴⁰. Es un derecho del imputado mentir al prestar declaración indagatoria, derecho que se ve restringido si se considera ello como incrementador de pena. Ahora bien, que el imputado en su indagatoria efectúe expresiones que traigan consecuencias atenuantes cabe ser reconocido y, naturalmente, no por ello se vulnera el derecho de defensa. Podría argumentarse que se brinda diferente tratamiento con respecto por ejemplo a la mendacidad, ya que a la última no se la toma como agravante ni atenuante, mientras que por ejemplo a la confesión plena y llana, así como a la circunstancia de

³³⁸ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, Fecha: 24/03/2000, Partes: García, Gustavo.

³³⁹ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, Fecha: 30/05/2001. Partes: Culacciatti, Fernando A. J. s/recurso de casación. Lexis N° 22/5459. Magistrados: Berraz de Vidal, Capolupo de Durañona y Vedia, Hornos. (Voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia).

³⁴⁰ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, Fecha: 24/03/2000, Partes: García, Gustavo. Lexis N° 1/47496 ó 1/47768. Publicado: JA 2001-I-740.

brindar datos que permiten la recuperación del botín, cabe estimarlas como atenuantes. Mas tal diferente tratamiento, cosa que es inconcusa, no deviene en vulneración al derecho de defensa, porque en definitiva si el inculpado y su defensa se determinan a litigar bajo el manto de protección que brinda tal garantía, conservan la intangibilidad por los actos que en tal condición lleven a cabo.

5) No es correcta la conclusión que indica que “No procede estimar atenuante la confesión del procesado si no se determinó el motivo de tal actitud procesal”³⁴¹. Aquí lo objetivo debe primar sobre lo subjetivo no acreditado, y en tanto el imputado desde lo objetivo haya confesado el hecho que, naturalmente, debe tenerse por acreditado además por otras vías, no cuentan las diferentes posibles razones, no demostradas, que lo hayan guiado a tal determinación, mientras la confesión sea plena y llana. Es un valor positivo por sí el hecho que una persona exprese abierta y reconocidamente su intervención y culpabilidad en el hecho. Mas tal confesión para tener efecto atenuante debe ser plena y llana con relación al hecho probado. Con esto quiero significar que no pueden tener efecto atenuante aquellos reconocimientos del imputado parciales que no se corresponden con la totalidad del hecho certeramente acreditado. No vale como atenuante que el imputado admita su participación en el robo pero que salve que nunca llevaron armas de fuego, si justamente se halla firmemente probada tal circunstancia.

(6) “En función del art. 86 CPP., cabe valorar como atenuante la cooperación que facilitara el accionar de la justicia como fruto de un arrepentimiento activo que cabe acoger en función del art. 86 CPP”³⁴². En este sentido, no todo arrepentimiento sirve: los lamentos del autor no cabe que sean considerados por sí. El arrepentimiento para tener operatividad

³⁴¹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 04/06/1985, Partes: G., J. H. s/ Robo gravado - Lexis N° 14/52951. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Mercader, San Martín, Negri, Cavagna Martínez, Salas.

³⁴² Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Lexis N° 14/102239. Magistrados: Piombo, Sal Llangués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

en la medida de la pena debe tener como complemento la confesión, la reparación del daño, la indicación del lugar donde se halla el objeto robado o la persona secuestrada, u otras connotaciones que lo transformen en arrepentimiento activo. La confesión según he sostenido computa para que el arrepentimiento se torne activo, no obstante que la comprobación del hecho se halle sostenida irrefutablemente por otros elementos.

7) Es correcto admitir el arrepentimiento como disminuyente de la pena, pero no alcanza con la demostración de pesadumbre para tal operatividad³⁴³, sino que debe ir acompañado de determinada conducta independiente a tal exhibición de arrepentimiento, tal como se ha indicado más arriba. En otras palabras, el arrepentimiento debe conllevar una conducta que pueda ser mensurable como retribución de tal acto de culpa. En tal sentido cabe incluir la confesión lisa y llana. Pero no alcanza con sólo exhibir pena por el hecho producido, como en aquellos casos en que quien causó un homicidio culposo por conducción negligente, y no reconoce la negligencia en su declaración indagatoria, no obstante lo cual expresa dolor por el accidente ocurrido, manteniéndose en la tesis del accidente como explicación del suceso. Por ello, si bien es correcto, como lo hace a continuación la síntesis del fallo que se transcribe, la inclusión del arrepentimiento demostrado como atenuante. En efecto se ha dicho que “El peso específico de cada circunstancia minorante o agravante debe ser medido por el juez en función de las circunstancias del caso (art. 171 Const. Prov.). Vale decir que los antecedentes personales del autor, la reincidencia, la agravación del daño infligido y la conducta procesal obstructiva o dilatoria entre las agravantes, o la ausencia de antecedentes, el buen concepto vecinal, los hábitos de trabajo, la reparación del daño causado y el arrepentimiento demostrado entre las minorantes, tendrán distinto protagonismo en las especies juzgadas. Consiguientemente, si el hecho ilícito aparece como fruto de una forma asociada de delinquir y enmarcado en un acontecer casi vandálico, la

³⁴³ Parece alcanzar con el arrepentimiento sincero para MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 185.

ausencia de antecedentes sólo puede incidir en porción menor en la pena por discernir”³⁴⁴.

(8) Es ejemplar el resolutorio que decidió que “La mensuración de la pena no ha sido debidamente fundada, si el tribunal oral tomó en cuenta, como circunstancia agravante, el hecho de que el enjuiciado fue declarado contumaz. La huida del autor, tanto como la ocultación o destrucción de rastros, o la rebeldía, es claro ejemplo de una conducta procesal de incidencia negativa a los fines del proceso -especialmente en cuanto dificulta la actuación de la ley penal- no obstante lo cual ninguna relevancia cabe otorgársele en la determinación del quantum sancionatorio; es el Estado exclusivamente quien debe velar por esa meta, ya que obligar al sometido a proceso a coadyuvar con los fines de averiguación de la verdad y actuación de la ley penal implicaría, extremando ese criterio, su deber de aportar pruebas en su contra y admitir su propia culpabilidad”³⁴⁵.

(9) Correctamente García Arán sostiene que el ejercicio por el acusado de derechos constitucionales (ejemplo, derecho a guardar silencio en cualquier fase del proceso) no puede constituir factor que directa o indirectamente deba reflejarse en la medición de la pena³⁴⁶. A lo cual agregó que no implica que otras conductas activas como por ejemplo la confesión plena y llana no puedan ser tenidas en cuenta como atenuantes. Algunos autores no admiten como atenuante la confesión cuando se encuentra comprobado irrefutablemente el hecho³⁴⁷, pero estimo equivocan el criterio, por cuanto hay una diferencia entre quien pese a hallarse comprobado absolutamente el hecho y la autoría callan, a

³⁴⁴ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, Fecha: 13/11/2003, Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia.

³⁴⁵ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 1ª, Fecha: 11/08/2005. Partes: Torres, Jorge H. s/recurso de casación. Lexis N° 22/9141. (Voto de los Dres. Bisordi, Rodríguez Basavilbaso y Catucci). Magistrados: Bisordi, Rodríguez Basavilbaso, Catucci. Número: 6233. Expediente: 7922.1.

³⁴⁶ GARCÍA ARÁN: *Los criterios de determinación de la pena*, p. 230.

³⁴⁷ ZIFFER: *Lineamientos*, p. 171.

quienes reconocen su culpabilidad plena y llana en el hecho, porque objetivamente tal circunstancia hace a un indicio de admisión interna por parte del sujeto inculcado de su culpabilidad en el hecho, lo cual implica, salvo expresión en contrario, un reconocimiento de la vigencia de la norma, el cual, aunque moderadamente debe ser calibrado como atenuante, y diferenciado de la situación de quien silencia. Por otra parte, no puede discutirse que la confesión absoluta, plena y llana del imputado se suma, aunque por vía independiente, a la prueba ya colectada que se monta irrefutable (pero sobre la cual aun no hay sentencia, aspecto que no debe olvidarse). Distingue Choclán Montalvo que si la colaboración procesal tiene el sentido de reconocimiento de la vigencia de la norma y conduce a efectos reparadores del daño, esto es, se presenta como una colaboración de signo constructivo, aquella colaboración puede conducir incluso a una compensación de la culpabilidad, y en cualquier otro caso en que no sea posible alcanzar este grado de eficacia puede revelar un juicio favorable sobre su grado de peligrosidad, por lo que la confesión o negativa del acusado sólo deben tomarse en consideración -sostiene dicho autor, con cita de Jescheck-, en la individualización de la pena en tanto permitan obtener conclusiones sobre la medida de su culpabilidad personal o el grado de su peligrosidad³⁴⁸.

10) La realización de nuevos hechos punibles tampoco deben ser considerados como agravantes y menos aun como prognosis delictiva, en razón de que la única peligrosidad que admite el principio de culpabilidad es la exhibida en el momento de cometer el hecho, rechazándose el concepto de incremento de pena por prognosis delictiva. Ver en sentido contrario Choclán Montalvo³⁴⁹.

(11) Se sostiene acertadamente que la confesión atenúa pero que la negativa no agrava³⁵⁰.

³⁴⁸ Reconoce aptitud atenuatoria, CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 200.

³⁴⁹ De otro modo, CHOCLÁN MONTALVO: *Individualización judicial de la pena*, p. 201.

³⁵⁰ Críticamente, MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, II., nro. 183.

(12) Es generalizada, y correcta, la opinión que sostiene que la duración excesiva del proceso obra como atenuante de la pena³⁵¹, salvo que el autor haya colaborado a tal dilación de manera querida y consciente³⁵².

(13) Se ha valorado agravante la confesión inexacta³⁵³, cuestión que resulta inadmisibile porque hace a su derecho a defensa; es más, el imputado tiene amplias potestades para mentir sin que ello deba ser considerado agravante, porque de otro modo se estaría condicionando su derecho a defensa ya que se le agravaría la pena hasta incluso en el supuesto de no prestar declaración (ya que podría sostenerse entonces que omite la verdad), por tanto la declaración mendaz si bien no corresponde tomarla como atenuante tampoco cabe admitirla como agravante por lesión al derecho de defensa³⁵⁴.

(14) Incorrectamente se ha admitido como agravante las declaraciones contradictorias del imputado³⁵⁵, ya que la libertad de expresión, incluso la mentira, hace al derecho de defensa del imputado y no puede ser cercenado bajo la idea de que si miente o se contradice le será aplicada una mayor pena.

(15) Ha sido considerado agravante el acto tendiente a hacer desaparecer rastros del delito³⁵⁶. Es difícil dilucidar ese aspecto, pero pareciera que exhibe mayor sofisticación que por ejemplo el homicida entierre el cadáver para ocultar rastros a que no lo haga. Tal circunstancia asimismo puede ser admitida como exhibición de mayor peligrosidad en el hecho concreto, aunque cabe precisar que ya se trataría de un aspecto extratípico. Mayor dificultad presenta la admisión como agravante del ocultamiento de rastros en la medida en que se aleja temporalmente del momento del hecho, ya que no se trataría ni siquiera del agotamiento del delito.

³⁵¹ DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 716.

³⁵² *Ibíd.*, nro. 186.

³⁵³ C.S.J., 22/11/39, JA-31-751.

³⁵⁴ En similar sentido al propiciado como correcto, Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3°, 21/12/2004, P.E.J., LNO nro. 35001471.

³⁵⁵ C.F. La Plata, 30/12/27, JA-26-1018.

³⁵⁶ C.C. La Plata, 18/2/54, LL 73-543 y JA 1954-III-210.

(16) Es acertado estimar atenuante la presentación espontánea del imputado ante la justicia³⁵⁷. En cambio no debe ser considerado agravante el ocultamiento del imputado a fin de evitar ser aprehendido o individualizado. Asimetría del derecho penal y procesal penal.

(17) También es correcto admitir como atenuante la rectificación espontánea en el falso testimonio³⁵⁸. El fundamento se encuentra en una compensación de culpabilidad por el hecho cometido.

(18) Cabe reconocer como atenuante la pena impuesta poco antes de la prescripción del delito³⁵⁹, así como la inusitada duración del proceso³⁶⁰. El fundamento para el primer supuesto, parece ser la merma de necesidad de sanción debido al tiempo transcurrido (cuestión de prevención general positiva en favor del imputado). La inusitada duración del proceso opera como atenuante en función de una compensación por inseguridad jurídica padecida por el inculpado.

(19) La conducta procesal no puede ser evaluada como agravante porque de ese modo se cercena la posibilidad defensiva del imputado. Pero no deben confundirse las cosas, que el inculpado cometa el delito en período de prueba no se trata de una conducta procesal relativa al proceso por el que se calibra pena. No obstante tales aclaraciones, no corresponde computar como agravante que el imputado cometiera el delito en el período de prueba de un delito anterior, porque en definitiva se estaría pretendiendo tener como agravante una causa en trámite, cuestión que vulnera el principio de inocencia. Luego, ya se ha dicho que las pautas agravantes o atenuantes no se agotan en el enumeración el art. 41 del CP. Por tanto es incorrecto tener como agravante que el imputado haya cometido el delito en oportunidad de encontrarse en período de prueba, pero no porque tal cómputo se aparte de las reglas del art. 41 CP, sino porque se pretendería de tal modo traer como agravante una causa en

³⁵⁷ C.S.J., 27/6/30, JA-33-404.

³⁵⁸ C.A. Azul, 4/12/30, JA-34-1485.

³⁵⁹ S.C. Tucumán, 21/9/36, JA-57-613.

³⁶⁰ C.N.C. y Corr., sala 1, 9/6/87, LL-1987-D-302.

trámite, violándose el principio de inocencia. De allí que, según dicha línea de pensamiento, se concluyó correctamente, pero se fundamentó erróneamente cuando se dijo que “El a quo tuvo en consideración como una de las pautas objetivas previstas por el art. 41 inc. 2 CPen., el hecho de que el recurrente cometió el delito durante el período de prueba en el que se hallaba en virtud de haber sido beneficiado en otra causa con el instituto previsto en el art. 76 bis CPen., por lo que ha inobservado las reglas de los arts. 40 y 41 CPen. Es en ella -y sólo en ella- donde deberá meritarse la comisión del nuevo hecho que aquí se juzga, para imponerle las sanciones previstas en la ley. Lo contrario importaría la violación del principio ne bis in idem. En síntesis, y más allá de la observancia o no por parte del encausado de las reglas de conducta impuestas en la suspensión del juicio a prueba, ha existido una errónea interpretación de la ley sustantiva por parte del tribunal de grado al haber considerado, a los efectos de la individualización de la pena, una circunstancia agravante que no está contemplada dentro de las previsiones del art. 41 CPen., ejerciendo, por ende, un poder discrecional por un motivo no admitido en la norma, lo que habilita el control casatorio por inobservancia de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1 CPPN.). (Voto del Dr. Mitchell)³⁶¹.

(20) Si efectivamente se sostiene que los jueces sólo pueden hacer valer como agravantes circunstancias que tengan comprobación y que sean debidamente fundamentadas en su operatividad en tal sentido, por un lado, y, luego, además, si efectivamente es correcto que no es admisible evaluar como agravantes por el hecho juzgado la conducta procesal del imputado en la medida en que ello le resta posibilidades defensivas, entonces no es admisible sostener que “Nuestra ley de fondo asigna total libertad a los jueces en cuanto a las circunstancias determinantes de la medida de la pena que fija en la sentencia (Nuñez, "Tratado", t. II, ps. 454/455) y por tal razón el a quo ha podido computar como agravante, la circunstancia que el procesado haya pretendido hacer recaer las

³⁶¹ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, Fecha: 12/06/2002. Partes: Rodríguez, Néstor Fabián y otro s/recurso de casación. Lexis N° 22/6400. Magistrados: Riggi, Tragant, Mitchell.

sospechas en su consorte de causa como autor del hecho, evidenciadora de su deficiente personalidad moral y mayor peligrosidad”³⁶².

II. Reparación del daño

(1) La cuestión de la reparación del daño y de la llamada compensación autor víctima o conciliación entre las partes goza de un lugar importante en la discusión doctrinaria actual³⁶³. Se trata de evaluar la admisión de compensaciones entre montos de pena correspondiente al hecho cometido y reducciones por comportamiento posterior vinculado al daño causado. No puede dejar de advertirse el significado de esta situación: ya no se trata de un derecho penal retributivo puramente por el hecho, sino de filtraciones vinculadas a la resolución del conflicto. El asunto de fondo es si se admite o no se admite que ingresen en la calibración de la pena los comportamientos posteriores al hecho. Parece no haber dudas que en lo que respecta a conductas que benefician al imputado no puede haber limitaciones plenas. En cambio si se admitieran conductas posteriores no típicas, ajenas y lejanas al hecho, daría la impresión que una agravación daría lugar a una vulneración del derecho penal de acto, en perjuicio del imputado. Luego tampoco puede dejar de mentarse que la reparación del daño causado, en alguna manera, obra como componedor de la vigencia del derecho; se trata pues de una cuestión de prevención general positiva, en cuanto resulta ya necesaria una pena de menor magnitud para reparar la vigencia de la norma. No parece plantearse que pueda la reparación del daño agotar la cuestión punitiva como una compensación plena por el hecho causado. Pero a mi juicio no cabe descartar tal posibilidad, al menos en el contexto de un derecho penal moderno con modos abreviados de finalización el proceso que tienden a generalizarse; de allí que realmente en delitos que permiten reparación plena, no parecería poder sostenerse de modo absoluto la imposibilidad de cancelar la vía punitiva mediante una reparación satisfactoria.

³⁶² Tribunal: C. Fed. La Plata, sala 1ª. Fecha: 30/08/1979. Partes: Crehuet, José A. y otro s/hurto. Lexis N° 34/2246.

³⁶³ CRESPO: *Prevención e individualización judicial de la pena*, p. 309.

(2) Explícitamente se admite como pauta de valoración la reparación del daño causado, adhiriendo así a la admisión de cuestiones posteriores al hecho, cuando se sostiene que “El peso específico de cada circunstancia minorante o agravante debe ser medido por el juez en función de las circunstancias del caso (art. 171 Const. prov.). Vale decir que los antecedentes personales del autor, la reincidencia, la agravación del daño infligido y la conducta procesal obstructiva o dilatoria entre las agravantes, o la ausencia de antecedentes, el buen concepto vecinal, los hábitos de trabajo, la reparación del daño causado y el arrepentimiento demostrado entre las minorantes, tendrán distinto protagonismo en las especies juzgadas. Consiguientemente, si el hecho ilícito aparece como fruto de una forma asociada de delinquir y enmarcado en un acontecer casi vandálico, la ausencia de antecedentes sólo puede incidir en porción menor en la pena por discernir”³⁶⁴.

(3) Como ejemplo de una disminuyente por reparación del daño, cabe incluirse el cuidado que el imputado hace de la víctima en el hospital luego del accidente.

III. Profundización del daño

La conducta del ladrón que consumó el delito y luego destruye por maldad o placer el objeto robado resulta neutra a los efectos de la graduación de la pena. Ya el apoderamiento tuvo lugar y en la extensión del daño se computará el valor económico o moral del objeto robado, por tanto en nada talla que luego el encartado lo destruya. En rigor, si se piensa

³⁶⁴ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª. Fecha: 13/11/2003. Partes: Ríos, Gregorio y otros s/Recurso de casación. Lexis N° 14/102237. Magistrados: Piombo, Sal Llargués, Natiello. Voto: Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 2929. Sin disidencia. Publicado: BA B3256098; en igual sentido: Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª. Fecha: 25/08/2000. Partes: Espíndola, Ramona A. s/Recurso de casación. Lexis N° 14/94433. Magistrados: Sal Llargués, Natiello, Piombo. Tipo: Definitiva. Expediente: P 513. Mayoría. Publicado: BA B3255851.

detenidamente tal situación, no se está ante un caso de profundización del daño, ya que el daño estaba efectuado. En cambio de modo positivo talla la restitución del bien, e incluso, también, aunque en menor medida, el hallazgo del bien. El ladrón que desapoderó el objeto del robo pero aun no logró el apoderamiento porque se encuentra rodeado por la policía, si destruye el objeto por la razón que fuera, no consuma el delito pero tal acción, que queda en tentativa, cabe ser tenida en cuenta para la medida de la pena, en el concepto extensión del daño causado. Podría creerse erróneamente que se trata de un supuesto de profundización el caso del ladrón que consumó el delito y que un día después es rodeado por personal policial en su vivienda, y, ante tal situación, destruye el objeto robado. En realidad como ya se perfiló se trata solamente de la posibilidad de recuperación el bien robado y con ello de una merma en la extensión del daño que no se da porque el ladrón justamente destruyó el objeto, pero no de un supuesto de profundización.

§ 8. El artículo 41 bis del CP: uso de un arma de fuego

(1) El art. 41 *bis* agrava la pena elevando el mínimo y el máximo en un tercio de la escala penal del tipo respectivo, cuando la infracción se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego³⁶⁵. La fuerza sobre las cosas efectuada con arma de fuego no activa esta agravante. Tampoco podrá la agravante aplicarse a hechos cometidos antes de su entrada en vigencia. Se trata de una agravante genérica aplicable no sólo a penas privativas de la libertad sino también a la multa o a la inhabilitación³⁶⁶. Los delitos comprendidos son todos los del Código Penal y leyes especiales, consumados o en grado de tentativa, que puedan perpetrarse por el procedimiento previsto³⁶⁷ (con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego). No excluye la agravante que el delito se

³⁶⁵ El art. 41 *bis* fue incorporado por la ley 25.297.

³⁶⁶ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 425.

³⁶⁷ *Ibíd.*

realice contra quien no es titular del bien jurídico, por ejemplo: en la usurpación la amenaza realizada contra un custodio³⁶⁸. La agravante procede aunque no se dispare el arma porque se incluye la intimidación, para cuya implementación, obviamente, no es necesario efectuar disparos³⁶⁹. Si el arma no se hallare habilitada para disparar, o fuere de juguete, no procederá la agravante³⁷⁰, a pesar de que de cualquier modo opera como intimidación, pero tal circunstancia (si no estuviere contenida en el tipo penal específico, por ejemplo en el de robo) deberá ser tenida en cuenta para graduar la pena dentro de la escala aumentada.

(2) El párrafo segundo del art. 41 *bis* excluye de la agravante aquellos delitos en los que se prevea la circunstancia indicada como constitutiva o calificante, por ejemplo el art. 166 CP (texto tanto según ley 25.882 como el anterior, de acuerdo al texto originario conforme a la ley 23.077). En las figuras como el art. 149 *bis* CP, primer párrafo *in fine*, en que no se reduce la agravante a armas de fuego sino sólo a armas, cuando la ejecución sea efectuada con armas de fuego no procederá la agravante porque ésta ya está incluida en el concepto de armas (igual fundamento respecto de la anterior redacción -a la ley 25.882- del art. 166, inc. 2º CP³⁷¹). Procede la agravante -en cambio- cuando se da un concurso de un delito agravado por otra circunstancia con la agravante del uso de arma de fuego, por ej.: lesiones graves en ocasión de espectáculos deportivos con empleo de arma de fuego, por ende la pena que se agrava será la del art. 2º de la ley 24.192³⁷².

(3) Con el sentido mentado, se ha dicho, entre muchos otros fallos, que:

(i) "La agravante del art. 41 bis, CPen. ha sido correctamente aplicada en lo que respecta a los delitos de homicidio y lesiones graves pues, a diferencia, por ejemplo, del tipo penal de robo calificado, que alude al empleo de "armas", vocablo que ineludiblemente comprende a las armas

³⁶⁸ *Ibíd.*

³⁶⁹ *Ibíd.*

³⁷⁰ PARMA: *Código penal de la Nación Argentina, Comentado*, T. 1, p. 182.

³⁷¹ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sentencia de 29/07/2004, causa N° 12.301, caratulada "T. W. F. s/Recurso de Casación".

³⁷² CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 425.

de fuego, los tipos penales de los arts. 79 y 90, CPen. no aluden específicamente a ningún medio comisivo en particular. Esto es, para configurar el delito de robo calificado (art. 166 inc. 2, CPen.) es requisito indispensable que se utilice un "arma", siendo las de fuego sólo uno de los tipos contemplados en ese espectro, por lo que la comisión de un desapoderamiento "sin armas" imposibilitará la subsunción en la norma en trato, de lo que cabe concluir que el concepto de "arma de fuego", por ser un "arma", configura un elemento calificante del tipo. Por el contrario, las muertes o las lesiones cometidas dolosamente y "sin armas" no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas no forma necesaria y excluyentemente parte del tipo penal³⁷³; (ii) "El caso del art. 41 bis CPen., se trata de una agravante genérica aplicable a todas las figuras de la parte especial, con excepción de aquellas que contemplen como parte constitutiva o calificantes los elementos probatorios de esa norma, como es la comisión de un delito con violencia sobre las personas mediante el uso de un arma de fuego, de allí que no lesione el principio de igualdad"³⁷⁴; (iii) "El tipo previsto en el art. 79 CPen. es un delito instantáneo y de resultado, cuya consumación se opera cuando se produce la muerte de la víctima como consecuencia del accionar del autor. Además, la figura requiere que el agente (Sosa) haya obrado con la intención de matar, aspecto éste que se infiere claramente por la escasa distancia desde donde efectuó los disparos en dirección a Figueroa y la dirección que le impuso a los mismos. Dichas circunstancias (objetivas y subjetivas) se encuentran debidamente acreditadas. Ahora bien, la norma ha previsto expresamente que se aplicará la sanción establecida en la misma (8 a 25 años) "siempre que en este Código no es estableciere otra pena". En este sentido, el legislador ha entendido que por razones de política criminal y de prevención general negativa, resultaba conveniente reprimir con mayor severidad aquellos delitos que "se cometieren con

³⁷³ Tribunal: Trib. Casación Penal Bs. As., sala 3ª. Fecha: 27/09/2007. Partes: Cejas, Rodolfo Daniel s/ Recurso de casación. Lexis Nº 14/118880. Magistrados: Violini, Borinsky. Voto: VIOLINI. Tipo: Definitiva. Expediente: 16621. Sin disidencia. Publicado: BA B3316113.

³⁷⁴ Tribunal: Sup. Trib. Just. Chubut. Fecha: 03/11/2006. Partes: D., D.A. s/homicidio simple. Magistrados: Panizzi, Cortelezzi, Pflieger. Tipo: S. Publicado: CHU 18349. Lexis Nº 15/15977.

violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego", elevando en un tercio el mínimo y el máximo la pena de que se trate (art. 41 bis CPen.). Este agravante no se aplicará "cuando las circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contenida como elementos constitutivo o calificante del delito de que se trate" (ibid). Siendo ello así, resulta aplicable al delito de homicidio, ya que el tipo del art. 79 no configura ninguno de los supuestos de exclusión, pues, se trata de un delito doloso, cuya acción típica exige violencia en contra de la víctima y no contiene en forma expresa dentro de su estructura la circunstancia consistente en el empleo de un arma de fuego"³⁷⁵.

§ 9. El artículo 41 *ter* del CP: reducción de escalas penales respecto de los partícipes o encubridores que proporcionen información útil

³⁷⁵ Tribunal: C. Crim. Córdoba, 4ª. Fecha: 07/09/2004. Partes: SOSA, EDUARDO R. s/P.S.A. HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO. Lexis N° 32/5232. Magistrados: BARRIOS, ACHAVAL, IRIARTE.

I. Alcances del condicionamiento del beneficio a quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identifiquen

Por el art. 41 *ter* del CP³⁷⁶ se establece la posibilidad (“podrán reducirse”³⁷⁷, es decir, es una facultad del juez) de disminuir, con respecto a las infracciones de los arts. 142 *bis* CP (secuestro coactivo) y 170 CP (secuestro extorsivo)³⁷⁸, un tercio del máximo y la mitad del mínimo de la escala penal para los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita (a) conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o (b) la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o (c) cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. El diseño de la norma apuntala la efectividad del dato por lo que un error o equivocación (aunque involuntario) no lo hará pasible al delator del beneficio³⁷⁹. Se desprende de la norma que, como condición para acceder a esta posibilidad, al colaborador, denominado también partícipe delator o delator colaborador³⁸⁰, deberá corresponderle una responsabilidad inferior a la de las personas a quienes identifique. Pero, sobre este particular, cabe formular una salvedad: en realidad, basta con que los colaboradores sean partícipes o encubridores del hecho (con el sentido amplio que explicito más adelante) cuando se trate de información relativa al lugar donde la víctima se halle privada de su libertad, a pesar de que como consecuencia resulte aprendido un partícipe de menor responsabilidad. Más claro: la restricción de que se debe tratar de un colaborador de menor responsabilidad que el delatado, justamente

³⁷⁶ Incorporado por la ley 25.742, conocida como “ley antisecuestro”.

³⁷⁷ Se trata de una facultad. También como facultad se instauró una reducción de pena conforme la ley 25.241, por colaboración en investigaciones de hechos terroristas. Igualmente facultativa es la disminución instaurada por el art. 29 *ter* de la ley 23.737 (incorporado por ley 24.424, art. 5).

³⁷⁸ Sobre la posibilidad del Fiscal de tomar declaración indagatoria ante estos supuestos ver, ELHART: “Examen de constitucionalidad del art. 212 *bis* CPPN, según ley 25.760: recepción de la declaración indagatoria por el fiscal”.

³⁷⁹ PARMA: *Código Penal de la Nación Argentina, Comentado*, p. 185.

³⁸⁰ CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, p. 225.

opera cuando se refiera a información sobre la identidad de los otros partícipes, pero no en los supuestos en que se brinden datos sobre el lugar de secuestro de la víctima. Es viable esta interpretación porque, además de permitirlo la letra de la disposición, de otro modo se estaría dotando erróneamente a la norma de una finalidad excluyente, la de conseguir la captura de los infractores de mayor responsabilidad, cuando en realidad la norma tiene una diversidad de finalidades y funciones, una de las cuales es manifiesta: conseguir acceder al lugar donde se encuentre la víctima privada de su libertad. No pocas veces semejante error se comete en las situaciones de tomas de rehenes donde se cree que la prioridad es la captura de los delincuentes cuando el cometido debe ser salvar vidas³⁸¹. Dije que la letra de la disposición así lo permite porque su último párrafo establece “Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen”. Nótese que la limitación para poder gozar del beneficio sólo se destina al supuesto de identificación de personas (partícipes o encubridores delatados), mientras que la matriz de la norma instaura tres supuestos de procedencia de la atenuación: (a) conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o (b) la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o (c) cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. Por lo dicho, a modo de ejemplo, la extensión del beneficio queda habilitada cuando un partícipe necesario informa el lugar de detención de la víctima, aunque a tenor de tal dato acabe aprehendido un partícipe secundario, esto es, un partícipe de menor responsabilidad. En tales supuestos procedería la atenuación de la escala penal.

³⁸¹ ELHART: “Toma de rehenes, seguridad y derecho”.

II. ¿Quedan excluidos de la atenuante los autores o coautores?

Un punto polémico: ¿alcanza la posibilidad de acceder a la atenuación de la pena al *autor* o *coautores*, en tanto la disposición habla sólo de partícipes o encubridores? ¿El término *partícipes* cabe entenderlo en sentido lato? Para iniciar el análisis de este punto problemático, cabe establecer que es admisible que pueda reconocerse un coautor que tenga menor responsabilidad que otro coautor. En efecto, más allá de que aparentemente surge, conforme el art. 45 CP³⁸², igual grado de responsabilidad penal, es decir igual pena, para los partícipes necesarios, coautores y autor, ello no es así, ya que a cada quien se la graduará la pena (gravedad de responsabilidad penal) por el grado de desestabilización a la norma que produjo con su intervención, o si se quiere, dicho en otros términos, según el grado de culpabilidad por el hecho. De allí, que cabe sostener que aun entre coautores puede haber diferente grado de responsabilidad penal, e igual consideración para partícipes necesario entre sí, o entre los secundarios en su franja. A ello cabría sumar que el término *partícipes*, en la norma en estimación, pueda ser admitido en sentido lato, es decir, inclusivo del concepto de autor y coautor. Dicha afirmación se puede abonar, porque de la norma surge que podría otorgarse la atenuante cuando el partícipe o encubridor brinde *la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho*. Si la norma tiene por finalidad, entre otras cosas, que los partícipes colaboren identificando al autor, entonces el término *partícipes* usado en segundo lugar es inclusivo de tal noción, por lo que cabe concluir que el sentido correcto de su interpretación, a lo largo de la disposición, es el lato. Por ende, sería coherente aceptar que un coautor pueda brindar la identificación de otro coautor a quien conforme la configuración del hecho le sea atribuible mayor responsabilidad penal. Esta interpretación es consecuente con la interpretación general que dice que se condiciona la concesión de este beneficio a la mayor responsabilidad que deben tener las personas

³⁸² El art. 45 CP dice que: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

denunciadas por el colaborador³⁸³, siempre -claro ha quedado- cuando la colaboración sea relativa a la identificación de otros intervinientes. Y también es coherente con la idea de derecho penal mínimo y funcional. Este alcance otorgado al condicionamiento, no desvirtúa la finalidad de evitar que los responsables principales de la organización se beneficien indebidamente con la entrega de los llamados "perejiles", es decir, aquellos que integran los cuadros más bajos de la organización y que carecen por lo general del dominio del hecho que caracteriza a los autores³⁸⁴. Porque en el supuesto de que el autor o coautores informen el lugar de privación de libertad de la víctima, la atenuante debe proceder, ya que no se cierra el punto sobre información relativa a otros partícipes, sino directamente con relación al lugar de detención de la víctima. Conforme lo expresado, mal podría oponerse a la concesión del beneficio, el hecho de que un coautor se beneficiaría con la entrega de partícipes secundarios, ya que el Estado -aun respetando la literalidad de la norma- debe priorizar la vida de la víctima sobre una (¿inmoral?) rebaja de pena de un autor a costa, indirectamente, de la aprehensión de los responsables de menor calibre.

III. El problema del organizador, líder de la banda, que no interviene en la ejecución del hecho

Con respecto a quien no ejecuta el hecho, por ejemplo el organizador, planificador e ideólogo, podría discutirse si puede ser considerado autor o, de otro modo, sólo partícipe. Este es un debate doctrinario y jurisprudencial de antigua data. Si quien no interviene en la ejecución no puede ser considerado autor o coautor, y si se sigue una línea rígida de gradientes de responsabilidad penal, entonces un partícipe necesario que delate al organizador que no actuó en la ejecución, no podría acceder al beneficio dado que estaría delatando a otro partícipe necesario, es decir,

³⁸³ ABOSO: "Comentario de la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas".

³⁸⁴ *Ibíd.*

a alguien de igual grado de responsabilidad penal. Pero en cambio, si se admite que no es necesario ejecutar personalmente la acción para ser autor, cabría la atenuante. Esta solución parece la más correcta: validez de la imputación de autoría, sin ejecución personal al momento del hecho, al líder de la banda (el líder ejecuta a través del *colectivo*, la obra es suya³⁸⁵). Allende tal conclusión, si se siguiera la otra línea interpretativa (negación de la calidad de autor o coautor a quien no interviene en el momento de ejecución del hecho), igualmente cabe otra vía de análisis sustentable. En efecto, cabe plantear que la gradiente de responsabilidad no tiene por qué someterse o circunscribirse de modo absoluto a grados, conforme a la calificación de autor, partícipe necesario y partícipe secundario, sino que aunque se considere partícipe necesario (en lugar de autor) al líder organizador y planificador del hecho, podría reconocerse diferente grado de responsabilidad entre éste y otro partícipe necesario, de manera que el último (partícipe necesario de menor responsabilidad que el organizador) podría denunciar la identidad del primero y conseguir así una rebaja en la escala penal. Se armoniza así la funcionalidad de la norma con la literalidad del texto.

IV. Los motivos del colaborador

La norma tiende, entre otros objetivos, a conseguir la seducción del partícipe o encubridor para que brinde información útil a los fines mentados³⁸⁶. Una de las finalidades fundamentales sería que cuando el partícipe viese muy comprometida su situación se inclinara por facilitar la investigación judicial hacia el grupo delictivo que integra³⁸⁷ o hacia otros aspectos útiles, como denunciar el lugar de retención de la víctima. De cualquier manera, no cabe descartar el arrepentimiento real y sincero del partícipe del delito, lo cual no obstante no debería acarrear diferencias a la hora de fijar la pena, porque el arrepentimiento por sí no implica que deba reducirse la pena (polémico). Lo que la ley hace, al menos en el caso del

³⁸⁵ JAKOBS: *El ocaso del dominio del hecho*, p. 104.

³⁸⁶ FILLIA - FILLIA: "Las recientes modificaciones al delito de secuestro coactivo (Ley 25.742)".

³⁸⁷ *Ibíd.*

art. 41 *ter*, es permitir la rebaja de la pena para quien brinda datos útiles a los fines indicados, independientemente de la finalidad o motivación - subjetiva- del colaborador (éste puede brindar datos por arrepentimiento honesto, o simplemente para conseguir la rebaja de pena, o para perjudicar a sus consortes delictivos, etc.). Lógicamente la procedencia del beneficio dependerá de la verificación de la utilidad de los datos brindados³⁸⁸.

³⁸⁸ Argumentos en contra de esta clase de procedimientos en FERRAJOLI: *Derecho y razón*, p. 749.

§ 10. El artículo 41 quater del CP: incremento de las escalas penales cuando los delitos del CP sean cometidos con la intervención de menores de dieciocho años de edad

I. ¿El proyecto de ley como explicación del sentido de la ley?

El art. 41 *quater* CP, dice que las penas establecidas para los hechos tipificados en el Código Penal, se incrementarán en un tercio para los mayores que participen en esos delitos, cuando sean cometidos con la intervención de menores de dieciocho años. Pero el problema -de interpretación de ley- se plantea porque tal disposición no explicita si el término “mayores” se refiere a los mayores según la ley civil, es decir, a quienes alcancen los 21 años de edad, o a los que tuvieren 18 o más años de edad. Se podría sostener (como fundamento) que el término mayores corresponde a la ley penal, es decir, a quienes hayan alcanzado los 18 años de edad. Para ello se podría recurrir a un argumento: que el proyecto de ley presentado por los diputados Fayad y Carrió, hace referencia a las personas de 18 años o más que delinquieren con la intervención de un menor que no ha cumplido los 18 años, esto es, inferir el espíritu de la disposición desde la apreciación de lo que el proyecto de ley decía. Pero este argumento es insuficiente. Es de notar que una de las maneras más defectuosas y más endebles de intentar fundamentar la interpretación de la ley, consiste en recurrir al texto del proyecto de ley o a las discusiones parlamentarias³⁸⁹. En términos generales, cuando un interprete de la ley busca el sentido de la letra de la ley, ya en lo que algún proyecto decía, ya en lo que algún legislador opinaba, no hace otra cosa que burlar al sistema de derecho positivo, a la democracia representativa, al estado de derecho, a la voluntad de los ciudadanos. Señalando que *el proyecto* tenía la clara determinación de punir a quienes tuvieren 18 o más años de edad, cuando en el delito intervinieren menores de 18 años de edad, no se gana nada (salvo que nos agraden los espejismos) a los efectos de interpretar el texto de ley, porque éste es independiente, al fin,

³⁸⁹ En sentido parecido, ver: BORDA, *Manual de Derecho Civil. Parte general*, p. 135.

de las opiniones individuales de los legisladores. La ley es la voluntad general de los ciudadanos, colectada en reunión de sus representantes, resultante de discusiones, de impulsos, y de proyectos provenientes de diferentes posiciones, intereses, ideologías. Un proyecto de ley es un impulso, una idea, una opinión sectorial o individual, tan solo. Recién cobra carácter general, vida institucional y democrática, cuando es sancionado por la legislatura y finalmente promulgado por el ejecutivo. Por ello, la recurrencia de los interpretes al proyecto de ley o a las opiniones individuales de uno o varios legisladores, no pocas veces constituye instrumento para desvirtuar el contenido de la ley objetiva y, así, establecer interpretaciones que distan de lo que fue sancionado, de lo que es ley. Es cierto que ésta, me refiero a la idea de fundamentar interpretaciones de leyes sobre la base de lo que un o el proyecto decía, es costumbre en un porcentaje importante de nuestra jurisprudencia e, incluso, está visto como algo propio de erudición. Pero pienso que es una costumbre malsana, que ello es grave para el sistema democrático y, entonces, mal haríamos en seguir reproduciendo un error, o en no criticarlo.

II. La letra de la ley y la interpretación sistemática: para el art. 41 *quater*, el término “mayores” ¿refiere a la mayoría de edad del código civil, esto es a los 21 años de edad, o a quienes hubieren alcanzado los 18 años de edad?

a) Interpretación limitada al propio artículo 41 *quater* del CP

De la letra de la ley, me refiero exclusivamente al propio artículo en estudio, puede interpretarse que el término *mayores* refiere tanto a la mayoría de edad de la ley civil, como a los mayores de 18 años por ser éstos considerados mayores respecto de los menores de 18 años de edad que intervengan en el delito. Por ende resultará inconsistente toda interpretación que sostenga que a partir del texto del artículo puede

definirse el problema en un sentido o en otro³⁹⁰. En efecto, el término *mayores* -en la esfera del artículo en estudio- no alcanza para inclinar por sí el tema a favor de la mayoría de edad de la ley civil, porque entonces, cuanto menos, el legislador debería haber escrito *mayores de edad*, con lo cual aunque no se habría definido de manera tajante el debate, éste se habría inclinado a favor de la mayoría de edad de la ley civil, con entidad suficiente como para aceptar dicho entendimiento. Mas tampoco alcanza, tal como fue utilizado, el término *mayores* (siempre en la órbita reducida del artículo 41 *quater*) para considerarlo como referido a quienes fueran mayores que los menores de 18 años que intervinieran en el delito, es decir, como referido a quienes tuvieran 18 o más años de edad, justamente, porque también seguirá siendo admisible, equivalentemente, la anterior interpretación explicada, esta es, la que sostiene que el término *mayores* debe discernirse en el sentido de la mayoría de edad de la ley civil. Sobre este particular, es propicio puntualizar que no pueden admitirse interpretaciones imbricadas en cuestiones de sintaxis relativas a estética, como sería la que se fundase en que no son aconsejables las repeticiones. Me explico: sería inadmisibles una interpretación que sostuviera que el término *mayores* debe leerse como *mayores de 18 años de edad*, cuando su argumento consistiera en que tal conclusión es válida porque habría sido molesto e inconveniente -a los ojos del legislador- una redacción del artículo que tuviese repeticiones, como, verbigracia, la (redacción) que expusiera que la agravante corresponde a los «participantes que tuvieran 18 o más años de edad cuando intervinieran en el delito menores de 18 años de edad». Estas interpretaciones apoyadas en conveniencias estéticas (atribuidas al legislador) no son explicativas, porque no estamos ante un texto de literatura sino ante un texto legal, donde es indiscutible (también lo debe ser para el legislador) que debe primar la claridad sobre el estilo. Por tanto, estos perfiles interpretativos cosméticos, traídos como explicación de las razones por las cuales el legislador habría redactado la norma tal como la redactó, quedan excluidos como modo de interpretación. En resumen: en el

³⁹⁰ De todas formas, y esto vale para cualquier instancia de discernimiento, desde una perspectiva científica son difícilmente admisibles las interpretaciones que se precien como certezas absolutas.

análisis limitado al texto del artículo estamos ante una ambigüedad^{391 392}. Habrá que pasar a la interpretación del artículo en forma armónica y sistemática³⁹³ respecto del resto del ordenamiento jurídico.

b) Interpretación sistemática del artículo 41 *quater* del CP con relación al resto del ordenamiento jurídico

Por una parte, sin exorbitar las fronteras del sistema legal penal, el artículo encuentra coherencia con la imputabilidad penal plena que comienza al cumplir la persona los 18 años de edad³⁹⁴. La interpretación del término *mayores* que establece esta bisagra, que separa a quienes tuviesen 18 o más años de edad, sujetos a la agravante, de quienes tuviesen menos de 18 años de edad, como extremo a verificar, se revela como una interpretación armónica y sistemática. Dentro de igual contorno legal (sistema de ley penal), la Convención sobre los derechos del niño³⁹⁵, entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, por lo que los mayores de esa edad, es decir los que fueren mayores respecto de lo menores a que esta Convención sindicaba como niños, serán los que tuviesen 18 o más años de edad. Luego, por la otra parte, en cambio, el término *mayores* encuentra conexión, fuera del propio sistema legal penal,

³⁹¹ NINO: *Introducción al análisis del derecho*, p. 260.

³⁹² Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional, existe una sola interpretación correcta (aspiración también de Dworkin) y un método científico que permite establecerla en todos los casos. Esta idea sin embargo es ilusoria (KELSEN: *Teoría Pura del Derecho*, p. 134.).

³⁹³ El método sistemático, considerando al derecho vigente como una totalidad que se basta a sí misma, busca el significado de las leyes tomando en consideración la jerarquía y vinculación recíproca de ellas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas (NÚÑEZ: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 95).

³⁹⁴ Leyes 10.903 y 22.278.

³⁹⁵ La Convención sobre los derechos del niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La República Argentina la aprobó mediante la ley 23.849, y tiene rango constitucional conforme al art. 75. inc. 22 de la Carta Magna.

con la ley civil, que establece la mayoría de edad a los 21 años³⁹⁶. En este punto, mediante comparación, se nota la supremacía de las razones que obran en favor de interpretar que el término *mayores* corresponde a quienes alcanzaren la edad de 18 años. Explicación: el artículo 41 *quater* del CP, pertenece a un sistema legal diferenciado, el penal. El contenido de la disposición conecta inmediata y directamente con la imputabilidad plena fijada por ese grupo normativo en los 18 años de edad, circunstancia que se ve reforzada por la referencia a tal edad que hace la Convención sobre los derechos del niño. Cabe resaltar, particularmente, que esta interpretación conlleva una lógica que cierra el debate sobre la aplicación de la agravante, sin dejar una franja de edad ajena a la agravante y ajena a los intervinientes menores de 18 años de edad. En otras palabras: si se pensara que la agravante es para los que tuvieren 21 años de edad, entonces cabe preguntarse qué ocurre con quienes tuvieren entre 18 y 21 años de edad, y por qué no se los estimó mayores ni menores para las implicancias de la disposición. Es decir, ¿ellos quedaron fuera de la apreciación del legislador? Semejante incongruencia a la que llevaría la estimación de que el término *mayores* refiere a la ley civil, no aparece en su competidora, que armoniza de manera integral la norma en cuestión con el resto del ordenamiento jurídico y, como se verá más adelante, con cuestiones básicas de generalización de expectativas. También esta armonización, como subrayé, se logra de modo inmediato y directo en el sistema legal penal, sistema en el cual y para el cual se sancionó la disposición *sub examine*. Para completar, con igual lógica, no puede dejar de señalarse que buscar en la ley civil el significado al término *mayores* (usado en el art. 41 *quater*), pierde consistencia frente a la primera posibilidad interpretativa, porque la ley civil pertenece a un grupo o subsistema³⁹⁷ normativo diferenciado en principio y de modo general del ordenamiento legal penal³⁹⁸.

³⁹⁶ Art. 126 del Cód. Civil.

³⁹⁷ Para el subsistema de ley penal el subsistema de ley civil es entorno, no obstante que ambos formen parte del sistema legal argentino.

³⁹⁸ Las distintas posiciones de la jurisprudencia en ROMERO VILLANUEVA: *Código Penal de la Nación Anotado*, p. 158/159.

c) ¿Y la interpretación más benigna para el inculpaado?

En la interpretación sistemática se impone, pienso, la conclusión mentada con entidad suficiente como para apartar la duda acerca de cuál de las dos posibilidades interpretativas debe aplicarse. Esta duda que del propio texto del artículo en principio surgía, al ser despejada en esta instancia de interpretación sistemática, no permite recurrir a una interpretación más benigna en favor del imputado (principio de interpretación restrictiva³⁹⁹). Si luego de la interpretación sistemática y armónica en la esfera del ordenamiento jurídico, hubiere aún dudas suficientes para establecer un criterio, entonces sí correspondería estar a otras consideraciones, entre las que se encontraría, junto a otras, o aún después de otras, la de discernir la norma de la manera menos restrictiva para la libertad del imputado o condenado. Dicho de otra manera: no cabe ante las primeras dudas de interpretación apelar al principio de interpretación restrictiva. Este principio tan discutido en materia penal, que abre un abanico de posibilidades, pero que -no obstante- cabe ser aceptado y defendido junto al principio procesal *in dubio pro reo*, debería ser aplicado cuando no pueden ser despejadas suficientemente las dudas interpretativas⁴⁰⁰, esto es, cuando luego de los exámenes gramaticales y teleológicos ellas subsisten. Pero no cuando -como en el caso- es factible arribar a conclusiones auténticamente sustentables. Aclaración: No es nada accidental que este principio limitador y disminuyente de la capacidad punitiva del sistema penal, me refiero al principio de interpretación restrictiva, sea asiduamente utilizado, de manera incorrecta, abusiva y hasta solapada⁴⁰¹, por quienes creen en las bondades de la eliminación íntegral del sistema penal^{402 403}. En estos casos, suele recurrirse a

³⁹⁹ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, p. 112.

⁴⁰⁰ Es incorrecto exigir certezas absolutas porque estas nunca se encontrarán.

⁴⁰¹ Por sus argumentos es interesante conocer la perspectiva mostrada por DONNA: *Teoría del delito y de la pena*, ps. 121/132.

⁴⁰² La actual posición de Zaffaroni es completamente transparente, me refiero al último Tratado, porque explica que, según su visión, la pena no cumple función positiva alguna y, por tanto, propicia la teoría negativa de la pena. A partir de ello (y de una crítica ética de la praxis del sistema penal, con base en la teoría del conflicto), formula interpretaciones sistemáticas, gramaticales y teleológicas de las normas jurídico

cualquier intersticio de la ley penal para establecer directamente la interpretación menos severa, defraudándose a los ciudadanos, a sus opiniones, deseos y voluntades, y al sistema de organización social: la democracia. Si se llegara a un punto en que el sistema social considera propicio derogar el sistema social así sucederá.

III. Interpretación teleológica⁴⁰⁴: expectativas sociales y función del derecho

¿Tiene influencia en la interpretación de la norma la finalidad de la disposición? Es evidente que sí, pero el problema está en cómo se determina la finalidad de la disposición. Para quienes todo derecho penal no reviste utilidad social alguna, la complejidad del asunto se reduce: el aumento de punibilidad es inútil, por tanto, la interpretación será siempre la menos severa (con lo cual estos abolicionistas devienen utilitaristas, porque su conclusión la extraen de la inutilidad de punir). La letra de la ley, teleológicamente, debe ser interpretada teniendo en cuenta los contenidos de las expectativas⁴⁰⁵ de conducta y la función del derecho⁴⁰⁶. Por ello, y en tanto las expectativas con el tiempo cambian, la

penales que tienden marcadamente a escoger, sino siempre casi siempre, la interpretación que disminuya la criminalización o la magnitud de punición.

⁴⁰³ La eliminación del sistema penal conduciría a la regresión social, al primitivismo (Ferrajoli), a la anarquía. Justamente por esta razón la abolición del sistema penal es defendida por las doctrinas anarquistas. Pero a la abolición se opone el reflejo del sentido social, el cual impone sus ideas.

⁴⁰⁴ El significado de la ley, aparte de los procedimientos idiomáticos e histórico, puede alcanzarse a través de sus fines, esto es, de lo que la ley tiene en mira como valioso en el respectivo precepto (NÚÑEZ: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 94.)

⁴⁰⁵ El término expectativa se usa como componente definitorio de *rol* y *norma*; sirve parcialmente para explicar la integración de las perspectivas recíprocas y, también parcialmente, forma la base para las teorías de decisión que quieran abrir, a pesar del futuro incierto, caminos hacia las decisiones racionales (LUHMANN: *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, p. 267).

⁴⁰⁶ El derecho tiene por función la generalización congruente de expectativas de conducta (LUHMANN: *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, p. 107).

interpretación de la ley es dinámica y no estática. La ley configura el mundo social (funcionalismo⁴⁰⁷ jurídico) y éste, a su vez, configura el sentido de la ley (funcionalismo sociológico). Se verifica una recíproca influencia que conforma la llamada paradoja del derecho: por un lado, el derecho modifica a la sociedad y, por el otro, la sociedad modifica al derecho. Así, el derecho no está destinado a defender contenidos fijos⁴⁰⁸ sino cambiantes⁴⁰⁹ (contingencia⁴¹⁰ del derecho). Creo que puede afirmarse con acierto que la agravante del art. 41 *quater* tiene vinculación con un sentido social definido: es rechazada la organización de actividades delictivas, por mayores imputables junto a menores no imputables o no plenamente imputables, porque de esta manera se acuerda la utilización de la inimputabilidad del menor, o su inmadurez, como inmunidad (cobertura) para cometer delitos impunemente. Éste es el sentido, quizás de más fácil aprehensión, pero no obstante junto a otros sentido y significados coexistentes, que tiene en la hora actual la disposición bajo examen. Desde una perspectiva funcionalista se reafirma la norma (vigente en el mundo social) que sostiene que es específicamente negativa la organización de actividades delictivas en las condiciones señaladas anteriormente. Esta norma social se transforma en norma jurídica con la sanción del art. 41 *quater*. Por tanto, también la interpretación teleológica, dentro del esquema de interpretación social que he esbozado, marca que por el términos *mayores* debe entenderse quien haya alcanzado los 18 años de edad, es decir, imputabilidad penal plena.

IV. Para que se dé la agravante del art. 41 *quater*, ¿debe existir utilización o inducción del menor por parte del mayor?

⁴⁰⁷ La aportación del funcionalismo consiste en la ampliación y limitación de lo posible (LUHMANN: *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, p. 135).

⁴⁰⁸ JAKOBS: *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, p. 30.

⁴⁰⁹ Por suerte o por desgracia la evolución de la sociedad no depende de respuestas a las cuestiones teológicas morales y de derecho natural (LUHMANN: *Las consecuencias perversas de la modernidad*, p. 187).

⁴¹⁰ Contingente es todo lo que no es necesario ni imposible (LUHMANN: *Las consecuencias perversas de la modernidad*, p. 175).

La letra de la ley, en este aspecto, es clara y suficiente: no exige que haya utilización del menor por parte del mayor⁴¹¹. No es necesario ni posible, respecto de este punto, entrar en interpretaciones teleológicas: la literalidad de la ley acota la influencia de la interpretación teleológica, debido a la claridad con que fue redactada. No es raro ver forzadas interpretaciones teleológicas que modifican alambicadamente la ley sostenidas en el afán de restar punibilidad al sistema jurídico penal. Aclaración: la finalidad que tuvo la norma en su dictado no se limita a prohibir la utilización del menor por parte del mayor. La finalidad de la agravante tiende a prohibir la unión de menores inimputables o no plenamente imputables con mayores imputables por una diversidad de razones de prevención. Como muestra: primero, un menor es más peligroso unido a un mayor delincuente experto con quien conforma, aun inimputablemente, una organización delictiva. Segundo, un menor no debe ser utilizado por mayores delincuentes (fin tuitivo). Tercero, la prohibición de actuar juntamente no sólo quiere evitar la utilización del mayor sobre el menor, sino, además, pretende evitar la utilización de la *cobertura legal* (que da la inimputabilidad del menor, en su caso, o el hecho de que éste actúe organizado por el mayor) por todos los intervinientes. Por lo dicho, mal se hace en llevar una finalidad de la norma por encima de la letra clara de la ley, porque así no se aclara el significado de la ley sino que se lo desvirtúa.

⁴¹¹ PARMA: *Código Penal de la Nación Argentina, Comentado*, p.186.

§ 11. Revisión de la individualización judicial de la pena por un tribunal superior

(1) El estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a que se avaló, erróneamente, el dogma de la discrecionalidad del juez de instancia en la fijación de las consecuencias del delito⁴¹². La clase y la cantidad de pena dispuestas en sentencia es un punto relevante. Por ello corresponde admitir su posible revisión en Casación^{413 414}. Lleva la razón Ziffer cuando sostiene que si la graduación de la pena debe apoyarse en consideraciones jurídicas, entonces no habría razones para excluir la posibilidad de su revisión por un tribunal superior⁴¹⁵. Son casables, entre otros aspectos: la violación de la prohibición de doble valoración, la omisión de sanciones legalmente prescriptas o admitidas, la falta de consideración de los hechos que influyen en la medida judicial de la pena, la no consideración de aspectos elementales referidos a culpabilidad y a prevención, el error en la determinación de la escala penal aplicable, la falta o deficiente fundamentación de aplicación de pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo cuando existen posibilidades de pena en suspenso, la no consideración de la extensión del daño.

(2) Las razones por las cuales se agrava una sanción penal, por ejemplo, determinándose la aplicación de condena de cumplimiento efectivo, ante razones que pudieran decidir el cumplimiento condicional, deben

⁴¹² MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Derecho Penal. Parte General*, t. II., § 63, III., nro. 187.

⁴¹³ ELHART: “La casación formal por fundamentación insuficiente: su viabilidad en la participación y en la individualización de la pena”.

⁴¹⁴ DE LA RÚA: *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, p. 122.

⁴¹⁵ ZIFFER: *Lineamientos de la determinación de la pena*, p. 187.

explicitarse, caso contrario la sentencia es arbitraria y recurrible vía casación. Es importante e interesante tener en cuenta que la vía se abre y resulta procedente no sólo por la ausencia de fundamentación sino porque además obran circunstancias que determinarían la procedencia de la condena como de cumplimiento condicional. No es por ende admisible que se declare la arbitrariedad en razón de la ausencia de fundamentación solamente por tal ausencia, sino que además deben obrar circunstancias que determinen una decisión distinta. Así se ha expresado que “Resulta arbitraria la sentencia de efectivo cumplimiento arribada por el tribunal de debate frente a la ausencia por completo de razones negativas -agravantes- que obstaculicen la imposición de una condena de ejecución condicional, aunada a la juventud del imputado valorada como circunstancia atenuante, lo que conlleva la nulidad del pronunciamiento por falta de fundamentación -art. 404 inc. 2 CPPN”⁴¹⁶.

(3) Se ha expresado que “Habilita el control casatorio por inobservancia de la ley sustantiva -art. 456 inc. 1 CPPN.- la sentencia que atribuye como circunstancia agravante al condenado que estuviera cumpliendo un período de prueba, en virtud de haber sido beneficiado en otra causa -art. 76 bis CPen.-, pues al no estar contemplada en el art. 41 CPen. implica un ejercicio discrecional que excede los límites impuestos por la norma penal”⁴¹⁷. Cabe al respecto indicar que para graduar pena no son sólo aplicables las pautas del art. 41 del CP, sino que su extensión abarca las del caso concreto conforme el art. 40 del CP.

(4) Se ha dicho como criterio general que “La individualización y graduación de la pena constituye una cuestión de hecho sujeta a la discrecionalidad del tribunal de juicio, y por ende, excluida del control casatorio, regla que reconoce como excepción la arbitrariedad en la determinación de la misma”⁴¹⁸. Lógicamente el asunto se desmenuza

⁴¹⁶ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, Fecha: 12/06/2002, Partes: Rodríguez, Néstor F. y otro - Lexis N° 1/505854.

⁴¹⁷ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, Fecha: 12/06/2002, Partes: Rodríguez, Néstor F. y otro - Lexis N° 1/505858.

⁴¹⁸ Tribunal: C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, Fecha: 24/03/2000, Partes: García, Gustavo. Lexis N° 1/47988. Publicado: JA 2001-I-740.

cuando se distingue qué aspectos son ya arbitrariedad de sentencia y cuáles no.

(5) Acertadamente se ha expresado que “Es procedente el Recurso extraordinario de nulidad que se encausa en la denuncia de omisión de tratamiento de una atenuante, si la defensa en su expresión de agravios contra el fallo de la instancia inferior, -entre otros gravámenes- se alzó contra el monto de pena impuesto al procesado, manifestando que debía tenerse en cuenta -con evidente signo atenuante- su "condición social... [:] analfabeto y sumido en la miseria", y el sentenciante sólo dijo coincidir con el "tratamiento de atenuantes y agravantes" realizado por el juez inferior, quien nada había dicho en torno de la posición "social" del imputado. El juzgador entonces ni explícita ni implícitamente abordó la consideración de la pauta minorante”⁴¹⁹.

(6) Es correcto sostener que “Los jueces de las instancias originarias son quienes deben apreciar las agravantes y atenuantes mencionadas en los arts. 40 y 41 a los efectos de la graduación de las penas, siendo revisables sus conclusiones en esta sede extraordinaria cuando se demuestra que se ha omitido computar un motivo de atenuación o se ha valorado como agravante lo que debe ser atenuante o que medie infracción de las escalas penales fijadas para el delito”⁴²⁰. Este resolutorio hila correctamente en la cuestión y precisa el alcance de arbitrariedad que se exige para la vía casatoria.

⁴¹⁹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 27/04/2004, Partes: R. D., H. s/violación calificada por el vínculo. Lexis N° 14/99211 y Lexis N° 14/99212. Magistrados: Kogan, Soria, Negri, Pettigiani, Roncoroni. Voto: Kogan. Tipo: Definitiva. Expediente: P 76074. Sin disidencia. Publicado: BA B79868.

⁴²⁰ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 24/09/2003. Partes: Martínez, Ramón E. s/robo calificado. Lexis N° 14/90553. Magistrados: Kogan, Soria, Roncoroni, Hitters, De Lázzari. Voto: Kogan. Tipo: Definitiva. Expediente: P 67734. Sin disidencia. Publicado: BA B78877.

§ 12. La pena de multa

(1) Una de las clases de pena que prevé el CP, en su art. 5°, es la multa. Puede ser pena principal como en los arts. 99, inc. 1º; 103, segunda parte; 175 o 176, tercera parte. Pero en gran medida del CP, se prevé la pena de multa en forma conjunta con la de prisión (como en el art. 110). También se la halla prevista conjuntamente con la inhabilitación absoluta (art. 270) y con la inhabilitación especial (art. 242), y, asimismo, en forma alternativa con la pena privativa de libertad (art. 94). La pena de multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado como consecuencia del delito cometido⁴²¹, no se trata de reparación⁴²² en el sentido de reparar bienes materiales, ni de la reparación de la multa administrativa⁴²³, pero por su función puede ser admitida como reparación de la desestabilización de la norma. Teniendo en cuenta tal distinción, puede admitirse que la multa es una pena que se diferencia de la indemnización, porque no se encuentra destinada a reparar el daño del delito⁴²⁴ en un sentido material, sino a reafirmar la vigencia de la norma. Por ende, y atento la finalidad que cabe otorgarle a la multa (reafirmación de la vigencia de la norma), no cabe sostener que la multa sea transmisible a los herederos, es decir, la

⁴²¹ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 403.

⁴²² ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 63, I., 1.

⁴²³ *Ibíd.*

⁴²⁴ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 403.

muerte del condenado la extingue de igual manera que extingue la pena de prisión (polémico). Tal conclusión es sostenible, independientemente de que sea correcto interpretar que el art. 70 CP, cuando dispone que “las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto”, no se refiere a la pena de multa, sino a las indemnizaciones del daño producido por el delito⁴²⁵. La finalidad preventiva de la multa es compatible con la legislación, por ejemplo, en el supuesto del art. 262 CP, en cuanto dispone imponer multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, al funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que trata el art. 261. El incumplimiento de los deberes de cuidado por parte del funcionario determina pena de multa, en los valores indicados, como reafirmación de la vigencia de la norma. Para medir la pena de multa deberá tenerse en cuenta las pautas del art. 41 CP⁴²⁶ y sumándose a ello la evaluación de la capacidad económica del autor, conforme lo dispone el art. 21 CP. Mas el monto de la multa no puede resultar confiscatorio⁴²⁷, ya que no se puede tratar de inmolarse al funcionario público. Por tanto, cuando parámetros objetivos, como los del art. 262 CP conduzcan a tal situación, deberá modificarse la multa de acuerdo a las posibilidades del imputado, aun quebrando el límite inferior del monto resultante. La determinación de cuándo el monto deviene confiscatorio lo debe establecer el juez en razón de su significado objetivo para el patrimonio y situación del condenado, tomándose las pautas del art. 21 CP.

(2) No consiguiéndose el pago de multa por el condenado, ya por ausencia de disposición de éste, ya porque fallan los procedimientos de ejecución o de amortización, o de prestación de obras y servicios al Estado, dice la ley que la multa se convertirá en prisión (segundo párrafo, art. 21 CP). La conversión se realizará tomando como pauta indicativa el art. 24 CP: un día de prisión equivaldrá a la cantidad de multa que el

⁴²⁵ *Ibíd.*

⁴²⁶ DE LA RÚA: *Código Penal argentino. Parte general*, p. 700.

⁴²⁷ Art. 17 CN.

tribunal fije entre el mínimo y el máximo previsto por la ley⁴²⁸, pero en ningún caso la conversión puede hacer superar la prisión del año y medio (segundo párrafo, art. 21 CP). El procedimiento de conversión es el último al que debe recurrirse⁴²⁹. Mas en su caso, deberá tenerse en cuenta que el art. 35 de la ley 24.660 prevé la posibilidad (la cual en rigor se torna siempre operativa) de imponer un sustituto a la prisión total (prisión discontinua y semidetención).

(3) Sobre la procedencia de la pena de multa como pena común para distintos tipos penales, ello está previsto en el art. 22 *bis* del CP que establece: "Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos". Debe tratarse de delitos que tengan prevista pena privativa de libertad, por lo que no corresponde cuando la pena principal fuese inhabilitación; y luego, sólo procede esta pena de multa cuando el autor haya actuado con ánimo de lucro. Cuando la multa esté prevista en forma *alternativa*, el art. 22 *bis* no modifica el monto a regular, que deberá mantenerse dentro del mínimo y máximo de la multa prefijada como alternativa, sino que solamente establece su aplicación en modo *conjunto* con la pena privativa de libertad⁴³⁰.

§ 13. La pena en el concurso real de delitos

(1) La reiteración delictiva evidentemente debe ser considerada agravante, de modo independiente de la conformación de la nueva escala penal que debe determinarse a partir del concurso real. Es que justamente dentro de tal escapa debe graduarse pena, y, entre las pautas que se tendrán en cuenta, como por ejemplo la extensión el daño

⁴²⁸ Entre treinta y cinco y ciento setenta y cinco pesos son los montos mínimos y máximos fijados por la ley 24.266, art. 1, apartado 9.

⁴²⁹ CREUS: *Derecho Penal. Parte General*, § 403.

⁴³⁰ ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR: *Derecho Penal. Parte General*, § 63, I., 9.

teniendo en cuenta aquél que se verificó en cada uno de los hechos computados, debe considerarse el aspecto en sí propio de la reiteración que consiste en la mayor peligrosidad exhibida con tal reiteración. En este sentido se ha expresado que: (i) “El art. 55 CPen. (al que remite el art. 58) conforma una nueva escala que no resulta más gravosa para el acusado, en cuanto no pena más severamente los hechos que integran el concurso, como motivo o causa de la reiteración. El incremento de la sanción penal resulta, exclusivamente, de la pluralidad de delitos cometidos y ella traduce una repetición de decisiones delictuales reveladoras también de mayor peligrosidad. De allí que la acumulación prevista en el art. 55 CPen. no excluye la utilización de aquella circunstancia como agravante en los términos de los arts. 40 y 41Cpen”⁴³¹; (ii) “Constituye una circunstancia agravante el número de delitos cometidos en concurso real ya que traduce una reiteración de decisiones delictuales reveladora de mayor peligrosidad”⁴³²; (iii) “El número de hechos que configuran una pluralidad de delitos traduce una repetición de decisiones delictuales reveladoras también de mayor peligrosidad. De allí que la acumulación prevista en el art. 55 CPen. no excluye la utilización de aquella circunstancia como agravante en los

⁴³¹ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 28/07/2004. Partes: C., E. O. s/recurso de casación. Lexis N° 14/96661. Magistrados: Genoud, Hitters, Negri, Kogan, Roncoroni. Voto: Genoud. Tipo: Definitiva. Expediente: P 83363. Sin disidencia. Publicado: BA B63809; también Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 17/08/1999. Partes: C., M. s/ Robo. Lexis N° 14/141. Magistrados: Ghione, Laborde, Pettigiani, San Martín, de Lázzari. Publicado: BA B66163; también, Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 13/02/1996. Partes: V., R. S. s/ Robo calificado. Lexis N° 14/57902. Magistrados: Ghione, Rodríguez Villar, Negri, Laborde, San Martín. Publicado: BA B64100; en igual sentido Tribunal: C. Crim. y Corr. San Nicolás. Fecha: 18/06/1991. Partes: I., P. O. s/ VIOLACIÓN CALIFICADA. Lexis N° 14/69117. Magistrados: GIULIANI, ANDRIN, BRUNO (C. Crim. y Corr. San Nicolás, 18/02/1992- R. P., F. F. s/ RECURSO DE REVISIÓN). Magistrados: ANDRIN, GIULIANI, BRUNO. Publicado: BA B915061.

⁴³² Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 01/10/2003. Partes: Sosa, José L. s/robos calificados reiterados. Lexis N° 14/90764. Magistrados: Pettigiani, De Lázzari, Hitters, Negri, Salas, Roncoroni. Voto: Pettigiani. Tipo: Definitiva. Expediente: P 66385. Sin disidencia. Publicado: BA B78964.

términos de los arts. 40 y 41 CPen.”⁴³³; “Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denuncia la violación de los arts. 40 y 41 CPen. debido a que el juzgador habría valorado doblemente la misma circunstancia de agravación considerando que “el grado de peligrosidad y el evitar la detención van de la mano con el concurso material que se le imputa al procesado y el abuso de armas” y que por ende quedan subsumidos en éstos, pues el a quo computó como circunstancia agravante la particular relación existente entre los delitos integrantes del concurso señalando que el abuso de armas procuró evitar una detención motivada en los robos anteriores, finalidad que no está abarcada ni por los tipos aplicados ni por el concurso”⁴³⁴.

(2) Que la reiteración delictiva resulte agravante y que por ello deba apartarse la pena del mínimo es sostenible en la medida en que no obren atenuantes –por grado de culpabilidad, por ausencia de severidad en la sanción por cuestiones de prevención general positiva o especial positiva, por circunstancias objetivas o subjetivas-, que devuelvan la pena a su punto de ingreso por el mínimo de la escala pena. De allí y sólo con tales alcances que resulte acertado sostener que “La reiteración delictiva -circunstancia obviamente agravante- no permite la aplicación del mínimo de la escala punitiva” (C. Crim. Correc. y Laboral Corrientes, noviembre 30-971, L.L. 146-483)⁴³⁵.

⁴³³ Tribunal: Sup. Corte Bs. As. Fecha: 18/06/2003. Partes: Beltrame, Adolfo J. s/violaciones reiteradas. Robo. Lexis N° 14/88556. Magistrados: De Lázzari, Hitters, Negri, Genoud, Roncoroni. Voto: De Lázzari. Tipo: Definitiva. Expediente: P 65055. Sin disidencia. Publicado: BA B78032.

⁴³⁴ Tribunal: Sup. Corte Bs. As., Fecha: 11/09/2002. Partes: Mamani, Raúl R.; Varela, Ariel R. y otros. s/robo agravado por su comisión con armas, en concurso real. Lexis N° 14/84077. Magistrados: Salas, Negri, de Lázzari, Pettigiani, Roncoroni. Voto: SALAS. Sin disidencia Penal B76637 – 70585. Publicado: BA B76637.

⁴³⁵ Tribunal: Sup. Trib. Just. Neuquén. Fecha: 18/05/1990. Partes: G. J. E. -. P. L. A. s/ ABUSO DE ARMAS CONCURSO REAL CON VIOLACIÓN DE DOMICILIO. Lexis N° 17/4043. Magistrados: RUA, GONZÁLEZ TABOADA, MACOME. Publicado: NQ Q0004207.

§ 14. Conclusiones

Primero. *El esquema, para la medida de penas relativas de privación de libertad*, o sea graduables, que entiendo corresponde aplicar es el que surge básicamente de la interpretación de los arts. 40 y 41 CP, complementado por el art. 34 en lo que refiere a criterios de graduación de la culpabilidad, art. 1° de la Ley Nacional de Ejecución Penal en lo referido a la finalidad de prevención especial positiva, y criterio legal de pena suficiente del juicio abreviado como ampliable a la graduación de pena en juicio oral como concepto de prevención general positiva. (1) Dentro de la escala penal y a partir del punto de ingreso (mínimo de la escala penal), reconociendo la escala penal como una progresión continua de aumento de gravedad (teoría de la escala continua, a la cual firmemente cabe adherir en contraposición a una noción de discrecionalidad sostenida tradicionalmente), se fijará un monto punitivo valorando agravantes y atenuantes, (2) obrando como correctivos, que asimismo serán pautas agravantes o atenuantes, (i) el grado de culpabilidad por el hecho concreto, corrección que, en caso de tener lugar (porque puede resultar neutra, en el sentido de una culpabilidad por el hecho sin mermas ni excesos), tanto puede ser atenuante en caso de mermas del grado de culpabilidad (por ejemplo, disminución del grado de autodeterminación), como agravante (ej.: motivos que lo condujeron a cometer el hecho, o según el tipo penal: situación de elevada cultura y posición económica), y (ii) –también obrando como correctivos, que serán asimismo insertados como atenuantes junto al resto- las necesidades de prevención (sólo cabe admitir prevención especial positiva y prevención general positiva), siendo que sólo podrán actuar -como indiqué- como atenuantes, porque de otro modo superarían el monto que corresponda por la culpabilidad por el hecho, evitando de este modo vulnerarse el principio rector de respeto por la dignidad humana y la noción kantiana del hombre como fin en sí mismo que rechaza su instrumentación para otros fines. En otras palabras: las necesidades de prevención sólo pueden operar hacia abajo en el monto de la pena, indicándoselas como atenuante. Este

esquema implica adherir a una teoría de punto exacto en lo relativo a la medición de la pena. Para evitar confusiones cabe distinguir la peligrosidad evaluada como aspecto puntual mostrado en el hecho por el autor, quien en tal situación produjo -o no- un comportamiento peligroso efectivamente, aspecto que debe cargar como agravante o atenuante (según haya habido una exhibición de peligrosidad intensa, o según por el contrario haya habido una exhibición de no peligrosidad), en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren su mayor o menor peligrosidad del inc. 2° del art. 41, de aspectos de prevención. La peligrosidad con esos límites admitida mira el pasado, concretamente la peligrosidad del hecho efectuado y por eso se atenúa o agrava el monto de pena. Otra cosa es la atenuación del monto de pena por consideraciones del futuro, a ello se refiere la prevención. Prevención especial positiva o general positiva, en virtud de las cuales puede con fundamentación mediante y comprobación de los extremos invocados determinarse una pauta atenuatoria. Habiendo asumido una adhesión a las teorías de punto exacto de medición de la pena y por ende a que se puede establecer también un punto exacto de culpabilidad que corresponda a un monto determinado de punición, es lógico que las necesidades de prevención sólo puedan actuar como disminuyentes del monto de pena, porque si actuaran como agravantes se superaría el castigo que corresponda a la responsabilidad por el acto, cuestión que vulneraría el principio de derecho penal de acto. De otro modo, quienes rechazan la fijación de un punto exacto de culpabilidad al cual corresponda un punto exacto de cantidad de pena, pueden dentro de ese marco de culpabilidad amplio, trabajar con las necesidades preventivas con libertad (aunque esa indeterminabilidad ha tenido objeciones). Pero aquí no es admitida esa posibilidad, tal como se ha sustentado en el cuerpo del trabajo adhiriendo a una teoría de medición de la pena en un punto exacto.

Segundo. *El soporte normativo de derecho positivo que permita la influencia de la medida de la culpabilidad por el hecho*, puede hallarse como se ha anticipado claramente en el propio art. 41 CP inc. 2° con la expresa referencia a la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria, también con la referencia a las

condiciones personales del imputado, como la edad, las costumbres, de las cuales puede estimarse un mayor o menor grado de reproche jurídico y de posibilidad de autodeterminación. Pero además en el art. 34 CP, dados los conceptos dispositivos que él contiene, los cuales se convierten en criterios que deben tenerse en cuenta para la apreciación de la menor o mayor culpabilidad en el caso que quepa atribuirle al imputado. Dejando de lado la cuestión de la imputabilidad disminuida, que en términos generales no es admitida en derecho argentino, no es discutible que pueden darse situaciones que sin verificar los extremos plenos de los incisos 2° a 7° del art. 34, permitirán al juzgador advertir meras de culpabilidad y tornar menos reprochable el comportamiento del autor, aspecto que debe tenerse en cuenta para la individualización judicial de la pena. En este sentido, tampoco puede excluirse de modo absoluto el inciso 1° del art. 34, como criterio extendible para graduación de la pena.

Tercero. *El encaje de derecho positivo de conceptos de prevención especial positiva en la medida de la pena*, no se halla en el art. 41 inc. 2° del CP, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren la mayor o menor peligrosidad del imputado, sino en el artículo 1° de la ley 24.660 que establece que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. La mayor o menor peligrosidad a que se refiere el inciso 2° del art. 41 no se enfoca sobre una cuestión de prevención de futuros delitos que el imputado pudiera cometer, sino sobre un aspecto del hecho efectuado por el inculcado, a fin de individualizar la pena; por tanto, atiende al pasado no al futuro, y consecuentemente no se trata de prevención. Luego la referencia a la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, expresamente implementa una finalidad en la sanción evidentemente de prevención especial positiva, porque pretende que el condenado se reinsera en la comunidad y respete la ley, es decir, resocialización, que no cometa delitos en el futuro. La idea de lograr la reinserción social y la comprensión del condenado del respeto por la ley, es cierto que puede

plantearse como adquirible a partir de una mayor severidad de la pena; se trataría de la prevención especial negativa en uno de sus perfiles. Pero, en rigor de verdad, no es ese el camino al que apunta la ley de ejecución de la pena, sino que dicha norma en toda su extensión y en su apreciación íntegra, clara y evidentemente se imbrica en un proceso completamente afincado en la noción de prevención especial positiva. No es admisible el ingreso de mayor punición para evitar que cometa delitos el condenado, es decir, no son admisibles aspectos de prevención especial negativa, fundamentalmente porque ello vulnera el principio de derecho penal de acto, tal como ya se ha advertido. El fundamento de la inconveniencia de infligir severidad a la pena, de extenderla a lo mínimo necesario o al mínimo tolerable para el sistema jurídico y para el sistema social, propicia la admisión de medidas o decisiones que limiten el uso del mal que constituye la prisión y/o la disminución del monto punitivo. En este respecto, como atenuante podrá fijarse bajo tal consideración un monto exacto de pena a descontarse que se aunará, en su caso, a otros montos de pena que correspondan a otros atenuantes.

Cuarto. La *prevención general negativa* no tiene recepción de *derecho positivo* a fin de medir la pena a imponer en caso concreto. No puede negarse que el legislador al momento de fijar los parámetros de las escalas penales tiene en cuenta los montos a aplicar como amenaza a los ciudadanos o habitantes, pero este concepto no tiene admisión de derecho positivo en el derecho argentino a fin de merituar judicialmente la pena, por lo que cabe descartar su aplicación a casos concretos.

Quinto. La *noción de prevención general positiva* es rechazada mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia nacionales con relación a sus posibles aplicaciones a conceptos de dogmática jurídica (salvo algunas admisiones de conceptos de imputación objetiva en el tráfico rodado). No se acepta de modo generalizado y expreso que por cuestiones de integración o cohesión social (reafirmación de la norma) se imponga una situación más gravosa. Pero no ha sido indagado ni tratado en cambio por la doctrina ni jurisprudencia nacionales que la ausencia de necesidad, o escasa necesidad, de sanción penal (ausencia

de necesidad de reafirmación de la norma) pueda ser admitida como presupuesto de disminución del monto punitivo o aún como excluyente del mismo. Esta idea proviene de Roxin quien dijo, en uno de sus trabajos más renombrados, que “Cuando ninguno de estos efectos preventivos sean necesarios, por más que el autor haya actuado culpablemente en el sentido tradicional de la palabra, no podrá imponérsele una pena”. Roxin propicia la realización de desarrollos e investigaciones a fin de determinar conceptos sobre “la prevención mínima indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico”, aspecto que tal vez, en caso de que se tomara dicha propuesta, diera lugar a una noción de derecho penal mínimo funcional. Ahora en concreto, el concepto de prevención general positiva es admitido en derecho positivo argentino. Resulta clara la admisión por la legislación nacional (y provincial) con respecto al juicio abreviado. En dicho proceso especial se admite que se propicie una pena suficiente, acordada por las partes, y admitido el acuerdo por el órgano jurisdiccional en sus diversos aspectos, se finiquita el proceso (sin perjuicio de vías recursivas). Esta utilización de un monto de pena suficiente (generalmente se trata de un monto inferior al que podría darse en un juicio oral) no es otra cosa que el piso que permite (o se propone desde) la noción de prevención general positiva, en el caso como mínimo necesario. Tomando tal criterio de derecho positivo para el caso del juicio abreviado y haciéndolo extensivo al resto de los supuestos de fijación de pena: la noción de prevención general positiva podría tener admisibilidad en supuestos de disminución del monto punitivo, sin que se afecte el mínimo exigido como pauta general -por la ley y por la experiencia jurisprudencial- como monto penal sancionatorio. En conclusión, un caso, no menor (por su tendencia a la generalización en el sistema judicial), es el del juicio abreviado. En síntesis, con relación a la admisibilidad de aspectos de prevención general positiva, ella, encuentra posibilidad como atenuante, es decir, como una circunstancia que debería hallarse debidamente fundamentada y explicada, con base en la ausencia de necesidad o la escasa necesidad de reafirmación de la vigencia de la norma respecto del caso concreto, y que como cualquier otra circunstancia atenuante, debe ser expresada con su correspondiente monto de sanción punitivo a descontar. Es decir, deberá decirse cuánto monto punitivo corresponde

descontar por esta pauta, lógicamente en caso que el juzgador la estime de aplicación al caso concreto.

Sexto. Se ha sostenido (Dreher) que el *marco penal constituye una escala de gravedad continua*, desde el caso más leve hasta el más grave. Se trata de una explicación razonable para la función de los marcos mínimo y máximo de los tipos penales que establecen penas relativas. La prohibición refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema normativo; ello permite de modo racional establecer comparaciones sobre el valor que se les da a los diferentes bienes jurídicos y a las maneras de agredirlos y lesionarlos. En tal sentido, las magnitudes de pena que se le asignan a la prohibición, entre el mínimo y el máximo, representan el grado del valor social protegido con la norma. Mas de tales nociones se derivan consecuencias trascendentes si se quiere conseguir coherencia, puesto que los jueces deberán explicar en cada caso por qué sitúan el monto de pena en determinado punto, y exigirá esta teoría de ser admitida, cosa que parece sostenible, que los juzgadores efectúen permanentemente un ejercicio de comparación entre casos posibles y el caso concreto.

Séptimo. Si se sostiene que los *marcos mínimo y máximo* de la escala penal sólo representan puntos referidos a montos punitivos dentro de los cuales el juez puede más o menos situar el caso con libertad, todo es posible en lo referido a individualización judicial de la pena. Pero si se acepta la noción de la escala de gravedad continua, las implicancias son otras. Una de ellas es que el punto de ingreso debe efectuarse por el mínimo y luego apreciarse detenidamente todas aquellas circunstancias que puedan obrar como agravantes y todas aquellas que puedan obrar como atenuantes, tomando como punto de comparación el caso de mínima gravedad. Es evidente que aunque no haya una norma de derecho positivo que establezca explícitamente cuál es el punto de ingreso, es obligatorio efectuar interpretaciones sistemáticas y dotar de un sentido racional a la decisión sobre esta cuestión. En otras palabras: que no exista una norma de derecho positivo explícita no significa que se pueda ingresar por cualquier punto. Resulta lamentable que se aplique un punto de ingreso en el medio,

trayendo a colación normas derogadas en perjuicio del condenado. Partir de un punto de ingreso en el medio implica inexorablemente atribuir de inicio una seria carga de agravantes. Sería como iniciar el examen de un caso a la luz de la teoría del delito por la antijuridicidad, para luego ver si hay cuestiones que eliminen la conducta y la tipicidad. Se parte de que la gravedad del caso es media y después de ver si corresponde la disminución hacia el mínimo. Las reglas de la medición de la pena no pueden escapar a las exigencias de taxatividad y fundamentación previas a la agravación de la situación de la persona sometida a proceso. Con el ingreso por el medio se agrava la situación del imputado sin explicación concreta referida al caso en examen, sino por una ficción apoyada en una noción de justicia, increíblemente referida a que el punto medio es justo para iniciar el análisis sobre la medida de la pena.

Octavo. Se plantea si (a) el art. 40 se remite absolutamente al art. 41, quedando aquél vacío de contenido, o si (b) las circunstancias atenuantes o agravantes a que el art. 40 hace referencia (que son las del caso concreto), pueden no estar comprendidas completamente en las que enumera el art. 41; con lo cual, en este último supuesto, las circunstancias que menta el art. 41 serían solamente ejemplificativas, perviviendo, en consecuencia, las del art. 40 implícita e indeterminadamente. La expresión (del art. 40 CP) “y de conformidad a las reglas del artículo siguiente” (en tanto las reglas del art. 41, además, constituyen circunstancias a tener en cuenta) cabe ser entendida como un añadido que agregue un concepto independiente al de “circunstancias atenuantes o agravantes” de la primera parte del art. 40, o sea, no como una remisión plena (al artículo siguiente) que le otorga forma y contenidos definidos. González Roura, como es usual en él, extrae una conclusión puntual: atento a que el art. 40 refiere en forma amplia a circunstancias atenuantes o agravantes, entiende que tal extensión es la que cuenta y que el art. 41 CP obraría sólo de modo ilustrativo. Creo que esa es la posición correcta. Pero hay un asunto tan importante como el mentado que cabe establecer. Del art. 40 surge algo más que el mencionado problema de si los atenuantes y agravantes son los del caso concreto y que las reglas del art. 41 son meramente

ejemplificativas. Del texto del art. 40 se desprende, claramente, que desde un punto, esto es, a partir de un monto de punición, operan atenuantes y agravantes, y, si ello es correcto, entonces ya la ley argentina estaría indicando que existe un punto de ingreso a la escala penal (sin especificar cuál es ese punto: medio, mínimo) y desde el cual el juez debe graduar pena, teniendo en cuenta tales agravantes y atenuantes. El art. 40 instala conforme su texto una referencia explícita al punto de ingreso, esto es, que la ley argentina habla por ende de punto de ingreso, no resultando por ende una creación doctrinaria para sostener tal afirmación, el cual se modifica por atenuantes y agravantes.

Noveno. *El punto de ingreso en derecho positivo argentino*, con relación a las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, sólo puede hacerse por el mínimo de la escala penal respectiva. Si en un caso no hubiera agravantes ni atenuantes, cómo podría imaginarse un punto de ingreso por el medio o por el máximo de la escala pena, si por ende tal punto quedaría incólume en dicho lugar de ingreso, con lo cual se aplicaría en los supuestos en que no se evalúen agravantes ni atenuantes la pena media o la máxima, según se ingrese por el medio por el máximo. Es obvio que ello es inadmisibile ya que irracionalmente se obraría en perjuicio del imputado y en sentido distinto al que lógicamente surge de la escala de gravedad continua. Si se acepta la noción de la escala de gravedad continua, hay ciertas implicancias. Una de ellas es que el punto de ingreso debe efectuarse por el mínimo y luego apreciarse detenidamente todas aquellas circunstancias que puedan obrar como agravantes y todas aquellas que puedan obran como atenuantes, tomando como punto de comparación en lo objetivo el caso de mínima gravedad normalmente posible. Que no exista una norma de derecho positivo explícita no significa que se pueda ingresar por cualquier punto. Podría sostenerse que si se ingresa por el medio de la escala penal, se computarían como atenuantes todos los correspondientes a una comparación respecto del caso imaginario que responda al medio de la escala penal y como agravantes todas las circunstancias que superen las detalladas para el caso imaginario medio. Pero no veo que esto sea garantía para el imputado condenado de que se evalúe correctamente su situación, ya que de inicio, en

abstracto, se lo sitúa desfavorablemente (porque se supondría que su caso es de mediana gravedad, suposición que no tiene razón de ser, ya que de suponerse algo debe suponerse que es el caso de menor gravedad) y debería esperar (o rogar) a que se efectúen los cálculos disminuyentes que de acuerdo a su caso deberían aplicarse. En cambio si se parte del mínimo se brinda una garantía por lo menos inicial de contención frente al manejo de la punición, restándose posibilidades de arbitrariedad, por lo menos en teoría, porque para apartar el monto del mínimo deberá justificarse -explícitamente- dicha ecuación. Se obliga así al juzgador a especificar y demostrar por qué se eleva una pena por arriba del monto mínimo, mientras que si se parte del medio ya se concede un margen de sanción sin justificación a priori, lo cual es un error de razonamiento de quienes sostienen que se puede ingresar por el medio en abstracto y de modo generalizable. Es cierto que ingresando por el medio se brinda discrecionalidad al juzgador. El monto de pena taxativamente se deberá construir desde un mínimo adosando o restando fragmentos de pena según agravantes o atenuantes que se computen. Y esto conduce a que los jueces deban elaborar una detenida y detallada discriminación de lo que deba considerarse agravante y atenuante y de las magnitudes de pena que corresponde atribuir a cada uno de ellos, siempre con relación o en comparación con el caso más leve. De aquí que, en la sentencia no sólo deba enumerarse los agravantes y atenuantes, sino que deba explícitamente asignárseles una cantidad de pena que incremente o disminuya. Para el imputado y defensa no alcanza con que se les diga cuáles son las atenuantes y cuáles las agravantes y un resultado final, sino que es insoslayable que se especifique qué valor se les asigna a cada una de aquellas.

Décimo. *Jurisprudencia importante ha sostenido, concluyo que erróneamente, que no es obligatorio partir siempre del mínimo legal de la escala penal.* Y además se ha sostenido que la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes no implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de pena contemplado para el delito respectivo, ni que de tal modo se transgreda los arts. 40 y 41 CP. Asimismo, esa línea de pensamiento, ha sostenido que no existe punto

de ingreso a la escala penal. Pues, justamente, aquí se concluye de modo diferente. La posición sostenida por tal jurisprudencia se corresponde con la postura de la discrecionalidad de la individualización de la pena tradicionalmente sostenida por la judicatura y que se contrapone con la admisión de la teoría de la escala de gravedad continua aquí apuntada y sus implicancias. Decir que el punto de ingreso no es necesariamente por el mínimo, equivale a decir que el punto de ingreso puede llevarse a cabo por otros puntos, o sea, se deja librada la cuestión a un arbitrio sin reglas, a la discrecionalidad, sobre un punto medular para el imputado y para su derecho a defensa. Y el art. 40 CP como norma de derecho positivo permite una interpretación sistemática racional: desde el mínimo se graduará el monto de la condena conforme atenuantes y agravantes, expresándose con qué monto incide cada agravante y en qué magnitud cada atenuante (exigencia de fundamentación). Es coherente afirmar que representa una situación más perjudicial para el imputado que se arranque la evaluación del monto de su pena desde el mínimo, a que se inicie desde un punto superior al mismo. Por ende, el art. 40 debe ser explicado por quienes piensan que existe libertad para el punto de ingreso, de algún modo que encaje en dicho perfil interpretativo. Y si se sostiene que no hay pauta legal en derecho positivo argentino referida al punto de ingreso (cosa que no es cierta, porque del art. 40 surge indefectiblemente la noción de un punto de ingreso; lo que no hace es informar por dónde debe hacerse ese punto de ingreso), entonces deberá aplicarse las reglas de la lógica y la racionalidad, a fin de hallar una explicación que además sea respetuosa de los principios generales del derecho penal y de los principios de los derechos humanos. Lejos de una interpretación pro homine se halla la que se aparta de la escala de gravedad continua y de un punto de ingreso por el mínimo. Lo que no se puede hacer, es concluir (decisionismo) en que no habiendo norma de derecho positivo que regule explícitamente el asunto del punto de ingreso, entonces tal entrada se puede hacer por cualquier punto, cosa rechazada aquí. Partir de un punto de ingreso en el medio implica inexorablemente atribuir de inicio una seria carga de agravantes.

Undécimo. *Los compartimientos correspondientes a cada uno de los conceptos enunciados en el art. 41 inc. 1° y 2°, no son absolutamente estancos*, es decir, no hay una línea sobresaliente y clara entre lo que puede considerarse incluido en el concepto de naturaleza de la acción y lo que ya es naturaleza de los medios empleados, o entre lo que es naturaleza de la acción y lo que es modo, por ejemplo. Lógicamente, y esto es lo trascendente, si una circunstancia es incluida en un concepto no puede estarlo en el otro, porque vulnera el principio de doble valoración, es decir, se agravaría dos veces la punición por una misma circunstancia; ello con la salvedad de que se trate de un trecho de una circunstancia concreta que no ingresa en la valoración de uno de los conceptos y puede ser valorada diferenciadamente por ende en otro: robo con cuchillo de combate (medio empleado) que el infractor no sólo esgrimió sino colocó en la garganta de la víctima (naturaleza de la acción). Por tanto, si bien de la ley, y de las propuestas de interpretación y sistematización que se dan, surgen elementos que permiten una correcta distribución de los aspectos del hecho en los conceptos del art. 41, también es cierto que la separación entre lo que cae dentro de uno de los conceptos y lo que cae dentro de otro no es un asunto que resulte absolutamente incuestionable. De cualquier modo a los fines prácticos y aun desde presupuesto teóricos respetables es recomendable plasmar nociones sobre tales conceptos que operen como diferenciadores del encuadre que corresponda dar a cada circunstancia del caso concreto.

Duodécimo. *La problemática consistente en determinar en cuál concepto de los del inciso 1° o 2° del art. 41 se incluye una circunstancia fáctica determinada*, se soluciona en tanto no conlleva a la invalidez el hecho de que se cuadre erróneamente en un concepto una circunstancia que resultaría correcto tipificar en otro, siempre y cuando dicha circunstancia en definitiva constituya agravante (o atenuante según el caso) y sea explicada acabadamente su descripción y calibración. Especial tratamiento merecen los supuestos de arbitrariedad en el encuadre, la cual estaría dada si por ejemplo se explica la circunstancia agravante en cuanto importante monto de la defraudación y se remite tal facticidad al concepto circunstancia de

tiempo. En estos casos, estimo que no obstante el error de encuadre legal, si se halla la explicación clara y suficiente en cuanto a la facticidad de la agravante, no corresponde la invalidez. La invalidez podría tener viabilidad: (i) si no se explica en qué consiste concretamente la facticidad de la agravante (o atenuante), (ii) se explica pero no tiene acreditación en autos, (iii) lógicamente supuesto indebidos de doble valoración, (iv) si no se asigna un valor en montos de punición a cada agravante o atenuante (este último aspecto no es efectuado prácticamente en fallo alguno en nuestro país).

Decimotercero. *En el esquema que entiendo se desprende de la ley, en primer lugar debe intentarse dar encuadre a la circunstancia fáctica de que se trate en uno de los conceptos del art. 41 y en caso de imposibilidad debe expresarse si es una circunstancia particular del caso que no consigue cuadratura en ninguno de tales conceptos pero que por aplicación del art. 40 CP cabe ser aplicada igualmente en tanto es propia del caso concreto.* Esta situación de imposibilidad de encuadre en alguno de los conceptos pautadores del art. 41 y su consecuente aplicación directa en virtud del art. 40 CP, debe ser indicada y explicada debidamente por el juzgador en el caso concreto. No obstante, en casos en que no se efectúe tal explicitación relativa al encuadre legal, si el juzgador dio razones acabadas y detalladas sobre la facticidad que estima agrava, y se halle probada su ocurrencia, y expresó el monto de sanción penal que atribuye a tal agravante no corresponde invalidez.

Decimocuarto. Por *naturaleza de la acción* cabe entender que se refiere a la calidad o propiedad de la acción, es decir, a las cualidades o atributos esenciales de la acción. En otras palabras puede entenderse que el concepto se dirige a la manera de ser de la acción. Y en cuanto a la acción, no se circunscribe insoslayablemente a la acción típica sino que aunque tenga como eje a ésta se amplía a todas las expresiones conductuales que se vinculan con el comportamiento típico. Se debe distinguir entre el tipo de acción genérica de la figura (matar, dañar), y el tipo concreto que aquel comprende (ahogar, quemar). A este último tipo corresponde la circunstancia en estudio, indica. Y completa la

sistematización, dejando en el inc. 2° en cuanto al “modo” la particular forma de desenvolver ese tipo concreto de acción (ahogar lentamente, quemar eligiendo lo más valioso). Nótese que se trata de maneras de ser de la acción que van desde una generalización hacia su comprensión en detalle: matar (tipo penal), matar ahogando (tipo de naturaleza de la acción), matar ahogando lentamente (modo). La secuencia propuesta es razonable, sin perjuicio de que la misma funcione como una noción indicadora, y de que las diferencias o incluso errores en las cuadraturas que se conceda a cada circunstancia del caso concreto dentro de las pautas de los incisos 1° y 2° no conlleven la invalidez, siempre que constituyan a fin de cuentas aspectos agravatorios o atenuantes y se encuentren debidamente comprobados y fundamentados en su incidencia y, lógicamente, no se valoren más de una vez.

Decimoquinto. Sobre la ***naturaleza del medio empleado***: esta circunstancia se refiere a los instrumentos utilizados (calibre de las armas, cantidad de agentes activos, uso de uniformes de policía en el robo). En caso en que sea necesario diferenciar por su especificidad el modo en que fueron utilizados los instrumentos, cabe remitir a los conceptos de naturaleza de la acción o en su caso al modo. No habrá doble valoración si por un lado se agrava la pena por el importante calibre del arma de fuego utilizada (medio empleado) y además por el hecho de que no sólo se la esgrimió sino que se la apoyó en la cabeza de la víctima (naturaleza de la acción).

Decimosexto. Sobre la ***extensión del daño causado***. Esta pauta no ofrece mayores dificultades para su conceptualización; en efecto, se circunscribe al mayor o menor daño causado. Esta simplificación afirmada tiene lugar desde un punto de vista naturalístico. Pero ha traído serias discusiones el asunto de qué daños cabe que sean incluidos en las agravantes y cuáles no, en cuanto a su diferenciación entre daños típicos y daños extratípicos. También ha conllevado serias discusiones determinar qué es daño típico y cuál ya extratípico. Lógicamente, esta última diferenciación la estiman indispensable quienes sostienen que sólo agrava el daño típico. Conforme la literalidad

de los arts. 40 y 41 CP, debe entenderse que agrava tanto el daño típico como el extratípico, siempre y cuando tales consecuencias hayan podido resultar previsibles para el autor, conforme límites racionales del principio de culpabilidad que rige la responsabilidad penal humana.

Decimoséptimo. Peligro causado. Tampoco presenta dificultades la caracterización de la nación, por cuanto ella se circunscribe al mayor o menor peligro efectivamente causado. No se trata de la peligrosidad del autor demostrada en el caso, sino del peligro concreto que se instauró para bienes jurídicos. En cuanto al peligro concreto causado corresponden iguales consideraciones que las efectuadas sobre daño típico y extratípico. Cabe admitir el peligro extratípico. Por lo general la doctrina y jurisprudencia ha discutido sobre si el daño extratípico debe ser admitido como agravante. Pero en rigor igual consideración merece la problemática del peligro causado respecto de bienes ajenos al tipo penal concretamente imputado.

Decimoctavo. El inciso 1° del art. 41 se refiere principalmente a lo objetivo, esto es a la acción ejecutada en la que participó y el resultado producido, en sus exteriorizaciones. ***El inciso 2° en cambio abarca tanto cuestiones objetivas como subjetivas.*** De modo general puede decirse que se trata en este inciso segundo de establecer atenuantes o agravantes a la luz de condiciones y situación personal de quien cometió el hecho y en el contexto de las circunstancias del suceso. Se valoran entonces datos verificables de cada partícipe, como la edad, la educación, las costumbres, la situación económica, etc., para determinar la culpabilidad del imputado en el hecho y para establecer, en su caso, la posibilidad de que operen pautas de prevención especial o general positiva como atenuantes. No debe ello llevar al error de entender que se vuelca el examen hacia un derecho penal de autor, ni hacia el examen de la personalidad del partícipe y que por tal personalidad se le aumente o disminuya la pena. Se trata de establecer básicamente grados de culpabilidad por el hecho y posibilidades de prevención reductoras (o su imposibilidad), para lo cual se ingresa a conocer y valorar la situación de vida del imputado y la situación concreta en que tuvo lugar su comportamiento. Por otro lado, además, se valora la

peligrosidad mostrada en el hecho en el que participó (cuestión no vinculada a la prevención, sino a la evaluación del pasado como incidencia en la gravedad del hecho) y se completa el examen con un aspecto básicamente objetivo importante consistente en valorar la participación que haya tomado en el hecho.

Decimonoveno. Por regla parece inamovible que *la juventud*, es decir la corta edad del autor, sea considerada atenuante en el homicidio. Luego que *la senectud*, por regla, sea asimismo considerada atenuante, aunque la cuestión puede resultar discutible según el tipo de delito. El problema es definir por qué se llega a estas conclusiones. La circunstancia en estudio no comprende la edad de la víctima, porque conforme la redacción del artículo se refiere sin hesitaciones a la edad del imputado. Es problemática la fundamentación de quienes propician que la corta edad resulte agravante por mayor peligrosidad. Con relación a la senectud, se puede introducir una pauta atenuante por principio de humanidad, dependiendo la operatividad de dicha pauta de la gravedad del delito de que se trate. Luego, que en los homicidios, y en delitos de violencia, se pueda considerar la corta edad atenuante, puede fundamentarse en la merma de culpabilidad por menor control de los impulsos que puede asignarse al joven con relación a la persona madura a quien es exigible que piense más las cosas, antes de lanzarse a la comisión de un hecho de tales características. Es difícil que se puedan admitir, en hechos graves como el homicidio, mermas de pena por estimarse que es conveniente para el imputado joven menor tiempo de prisión para su resocialización. En hechos de escasa gravedad en cambio la corta edad puede ser tenida en cuenta para considerar una menor reprochabilidad con relación a la que corresponde al hombre o mujer maduros, y, además, como una posibilidad de menor pena, es decir, también como atenuante, por la conveniencia para el imputado joven de cumplir menor tiempo en prisión a fin de su reinserción en la comunidad. En otras palabras, es tolerable que por razones de prevención especial positiva se aplique un atenuante en delitos de escasa y media gravedad; en cambio en delitos gravísimos tal posibilidad parece vedada. Por último, es bastante dificultoso admitir la corta edad como agravante por mayor peligrosidad, ya que más bien la

peligrosidad deberá surgir de las circunstancias de tiempo, modo y ocasión que por un dato de juventud. No resulta correcto incrementar la magnitud de pena por considerar la corta edad dato directo de mayor peligrosidad. Tampoco parece correcto la referencia a la precocidad como aumentador computable de mayor pena. No se comprende claramente por qué se pretende incrementar la pena en tales supuestos como referencia a fórmulas no explicadas. Si se apunta al cálculo de que se cometerán otros delitos, la agravación no corresponde por límites de derecho penal de acto vinculado al grado de culpabilidad por el hecho. Si se propicia incrementar el monto de pena por mayor peligrosidad, pues entonces debe demostrarse en qué punto cabe atribuir a la corta edad tal aspecto, esto es concretamente demostrarse la mayor peligrosidad exhibida. Más bien los aumentos por mayor peligrosidad deben estar vinculados a datos de las circunstancias de tiempo, modo y ocasión, esto es, a circunstancias independientes de la edad. La corta edad por quienes proponen su consideración como agravante parece estar ligada a una consideración de peligrosismo, en el sentido de una característica de la persona que la torna peligrosa hacia el futuro (pronóstico), aspecto que no resulta admisible computar porque se supera el monto correspondiente a la responsabilidad por el acto.

Vigésimo. Es difícil admitir agravantes o atenuantes por el **grado de educación** con relación al ilícito. En cambio el grado de educación puede tallar, tanto como atenuante como agravante, con relación al grado de culpabilidad, y como atenuante con respecto a cuestiones de prevención. Respecto de delitos relativos al medio ambiente, por ejemplo, el elevado nivel educativo puede funcionar como un agravante en tanto permite atribuir un conocimiento más acabado de la prohibición penal o al menos de la obligación de actualización. Del otro lado, un nivel de educación muy bajo, puede en tal clase de delitos operar como atenuante. Cabe por tanto sostenerse que con relación al grado de conocimiento de la prohibición puede operar en alguna medida el nivel educacional, y ello ser valorado para la medida de la pena. La posición profesional del autor sólo puede tener efecto agravante cuando precisamente ella fundamente deberes incrementados para el bien jurídico lesionado. En los delitos de tránsito rodado la elevada educación

por ejemplo universitaria carece de importancia. En cambio la calidad de conductor profesional puede operar bajo ciertas circunstancias como agravante.

Vigésimo primero. Los aspectos de la *conducta precedente* que se tratan bajo tal expresión no cabe que sean tratados nuevamente al evaluar las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, a que hace referencia asimismo el art. 41 inc. 2° CP, ello para evitar la doble valoración. No ingresan en este concepto las causas en trámite que pudiera tener registradas el inculcado, concepto que puede ser considerado como un incremento de culpabilidad por la actualización que tal sometimiento a proceso penal implica, pero que en definitiva debe ser excluido como agravante porque tiene aptitud para rozar el principio de inocencia. De cualquier manera las causas en trámite es una noción que debe ser dilucidada en el concepto otros antecedentes. La vida viciosa se ha considerado agravante, pero es un concepto que en la hora actual sería erróneo incluir en la medida de la pena, por violatorio del derecho penal de acto y por principio de reserva. Que deba tenerse en cuenta aquellos factores de la vida anterior del sujeto que constituyan indicio de peligrosidad criminal, es abrir una compuerta a la discrecionalidad y violentar la responsabilidad por el hecho que tiene raigambre constitucional. La vida anterior del infractor es un concepto peligroso a fin de cargar con agravantes al imputado. Puede en cambio admitirse como atenuante moderado las prestaciones de utilidad social ejecutadas con anterioridad, por ejemplo obras de beneficio para la colectividad, o una actividad ad honorem en la Cruz Roja o en el servicio de salvamento. Luego, deben quedar excluidas para una conformación agravatoria de la pena conductas indecentes pero no punibles realizadas en el pasado, porque se vulnera del derecho penal de acto. La asimetría entre el tratamiento como atenuantes y como agravantes de conductas precedentes, responden a reglas de imputación penal sobre lo que cabe cargar como vinculado al hecho y lo que ya queda fuera de él para su agravación. De modo distinto, las reglas para admitir atenuantes no se vinculan a la rigidez de la imputación penal.

Vigésimo segundo. *Como aspecto que cuadra, asimismo, en el concepto de conducta precedente cabe incluir la embriaguez y la drogadicción.* La cuestión de la embriaguez (como la de la drogadicción) es más bien anárquica en su tratamiento por doctrina y jurisprudencia, a fin de valorarla como atenuante o agravante, que es lo que ocupa aquí de modo central. La solución que estimo correcta a este problema es la siguiente. La embriaguez que debe evaluarse es la que el imputado presenta en el hecho juzgado. Con esto quiero tajantemente excluir la situación de quien es alcohólico crónico y no se halló alcoholizado justamente en el momento del hecho (salvo que cometa el delito para obtener beneficios económicos para comprar alcohol -o droga-) . Por ende, a tener en cuenta, sea alcohólico crónico o habitual, sólo será la embriaguez expuesta al cometer el ilícito. La embriaguez presenta dos caras: una, la merma de claridad de conciencia, la cual siempre (salvo excepciones) estimo cabe tenerla como atenuante. Luego, como segunda cara, la mayor peligrosidad que puede producir la embriaguez en el hecho concreto cometido, la cual en su caso puede ser considerada como agravante. Este segundo aspecto, mayor peligrosidad, debe ser evaluado en el caso concreto. Porque en un robo simple, sin armas, no veo que la embriaguez pueda operar como agravante en función de una mayor peligrosidad exhibida. En cambio en un robo con arma de fuego en condiciones de inmediato uso cabe ser mentada como elemento agravante por su mayor peligrosidad. Estimo que similares apreciaciones corresponden a quienes se hallen bajo influencia de estupefacientes al momento de cometer el hecho.

Vigésimo tercero. En *los demás antecedentes y condiciones personales* se consideran -como antecedentes- las causas penales en trámite (concepto que en definitiva no corresponde ser tomado como agravante por violación el principio de inocencia, pese a que empíricamente pudiera sostenerse que obran como aumentadores de la conciencia de la vigencia de las prohibiciones penales, y, con ello como que el delito actual revistió mayor culpabilidad) y las condenas anteriores tanto de cumplimiento condicional como efectivo. Las condenas que hubieren conllevado la declaración de reincidencia ya deberán en la siguiente condena ser consideradas únicamente como agravantes en el

concepto de reincidencias y no en el de antecedentes. Cabe dejar a salvo, consecuentemente, que no puede considerarse agravante en la propia sentencia en que se lo declare reincidente justamente esta declaración, caso contrario se viola el principio de doble valoración. Puede ser problemático admitir que la condena anterior que, por un lado, opera para impedir la condena condicional, sea, por el otro, considerada como agravante del monto punitivo en la individualización de la pena, ya que podría sostenerse que se valora dos veces un mismo aspecto. Pero esta doble valoración no opera en el mismo nivel, porque independientemente de que funcione como impedimento de condena en suspenso, para la valoración del monto punitivo se la toma en cuenta sólo en una oportunidad. Como condiciones personales cabe considerar aspectos de la personalidad física, intelectual, individual, social del sujeto. En este punto pueden excepcionalmente ingresar como atenuantes aspectos de meras de imputabilidad (imputabilidad disminuida a los efectos de la graduación de la pena). En cuanto a procesos en trámite: se ha concluido que desde una perspectiva empírica podría aumentar la culpabilidad por el hecho si al momento de la comisión del mismo el imputado tenía abiertas causas penales en trámite al menos de reciente data, porque ello actualiza en la conciencia del encartado la vigencia de las prohibiciones penales, pese a lo cual no se motiva en la ley y la infringe en el hecho concreto juzgado, pero a fin de cuentas tal circunstancia no puede ser computada por que se infringe o se roza la vigencia del principio de inocencia. No se trata de apartarse de un derecho penal de acto, por el contrario se evaluaría su culpabilidad al momento de cometer el hecho concreto, pero se vulnera el principio de inocencia. Por idéntica razón cabe excluir el aumento de pena en razón de que el imputado registre procesos en trámite, cuando tal aumento se fundamenta en una mayor peligrosidad, ya que este concepto no es otra cosa que el traspaso hacia él de la idea de incremento de la culpabilidad. De cualquier manera se roza la vigencia del principio de inocencia, por lo que cabe excluir la agravante ora por incremento de culpabilidad ora por mayor peligrosidad en los casos de causas en trámite. Ahora bien, de la otra cara, la ausencia de condenas y de causas en trámite son dos conceptos atenuantes independientes. La razón por la cual se consideran atenuantes que una persona resulte

primaria y no tenga causas en trámite, no se refiere a un premio por buena conducta, sino que se trata de un aspecto de falta de actualización de la culpabilidad, en ambos casos. Se vincula la merma de pena asimismo con una cuestión de prevención especial positiva, que hace que deba atenuarse la pena de quien no ha cometido delitos ni tiene causas abiertas anteriormente. De allí que el hecho de que el imputado hubiera cumplido recientemente los dieciocho años de edad, no resta operatividad a la aplicación de una atenuante por ser primario y otra por no tener causas en trámite. Razonar que el imputado no pudo tener anotaciones de condena o causas en trámite dado que en forma reciente alcanzó la imputabilidad penal plena, implica atribuirle una finalidad a la disminuyente por ausencia de antecedentes que excluye y no se corresponde con la de evaluación de culpabilidad mentada y merma de aplicación de pena por conveniencias de prevención especial positiva, que cabe propiciar ante la situación de quien reviste su condición de primario y se encuentra sin registrar causas en trámite. Luego, es correcto que por principio de humanidad se tenga presente como atenuante aquellas circunstancias de salud que hieren actualmente de modo serio la integridad sicofísica del imputado, por ejemplo VIH. Igualmente tal circunstancia cabe ser tenida presente cuando el imputado en la comisión del delito evidenció descuido por posibilidades de contagio sobre la víctima u otras personas. Por ejemplo en el abuso sexual efectuado por personas portadoras, cabe asignar una agravante por un lado y la atenuante mentada por el otro. También ingresan en consideración en este punto las cuestiones de las mermas de imputabilidad o imputabilidad disminuida o semiimputabilidad. La personalidad "anormal del inculpado que no alcanza a configurar una enfermedad mental, no puede operar como agravante a la hora de fijar la sanción, sino, por el contrario, como atenuante toda vez que opera como un factor limitante de la libertad que torna más dificultosa la elección de la conducta debida. En la determinación de las sanciones endilgadas a personas que revestían la calidad de oficiales de la fuerza de seguridad al momento de cometerse los hechos, siempre cabe considerar el mayor grado de responsabilidad que el estado policial y la jerarquía aparejaba. Este concepto es extendible a los funcionarios públicos en términos amplios y según la jerarquía que revistan. Cabe

plantearse si en cualquier clase de delitos agrava la circunstancia de ser hombre del estado. Sin duda que en aquellos delitos vinculados de modo directo o indirecto a la función estatal, operará como agravante al momento de individualizar la pena. Si ya estuviera dilucidado en el tipo penal, habrá de estarse a la jerarquía que revista la persona. Para las jerarquías altas al momento de graduar pena igualmente cabe agravar, sin que exista doble valoración. Es discutible que se agrave por hechos completamente ajenos a la esfera de actuación del policía o del funcionario público. Pero estimo que en la organización actual de la sociedad, en que el estado representa un órgano trascendente, cabe como regla (sin perjuicio de las excepciones que en los casos concretos pueda determinarse) estimar como agravante la circunstancia de su calidad de funcionario estatal. En efecto, que personas que se desempeñan en el poder ejecutivo, judicial o legislativo incurran en abusos sexuales, robos, defraudaciones, delitos ambientales, etc., amerita un apéndice de agravación por tales calidades, con la consecuente ponderación de la jerarquía respectiva.

Vigésimo cuarto. *La enumeración del art. 41 CP no es taxativa.*

Por ello corresponde considerar otras circunstancias, que puedan obrar como atenuantes o agravantes, que no encuadren concretamente en las enumeradas en dicha norma, ni que encuadren en otras circunstancias del hecho concreto conforme art. 40. Actos o conductas posteriores al delito pueden ser apreciados a los fines de individualizar la pena, tales como la conducta procesal o la profundización o reducción del daño causado, entre otras; aunque ha habido criterio distinto en el sentido de que no se ha admitido el ingreso de comportamientos del imputado posteriores al hecho porque se ha dicho que sólo la conducta precedente es la que legalmente cabe admitir. Pero cuestiones de compensación de culpabilidad y de prevención general positiva (como disminución de la necesidad de sancionar), parecen tornar admisible que conductas posteriores al hecho delictivo puedan admitirse para graduar pena, ello al menos cuando obren como atenuantes en favor del inculpado.

Vigésimo quinto. Existe una tensión entre el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de que se estimen como agravantes **conductas procesales** efectuadas por el inculpado. La solución a esta situación consiste en la no admisibilidad de agravaciones en el monto de la pena por comportamientos procesales del imputado o su defensa, y, en cambio, en la admisibilidad de atenuantes por conducta procesal. La asimetría de tratamiento de las situaciones no debe llamar la atención ya que es una característica del sistema de imputación penal. Visto en el contexto de tal tensión, no pueden ser considerados agravantes que el imputado sea mendaz o contradictorio en su deposición, que efectúe requerimientos o plantee cuestiones que devengan dilatorias, que se haya dado a la fuga al momento del hecho y al ser perseguido por el personal policial ni obviamente que no haya prestado declaración indagatoria. La restricción del derecho de defensa sólo puede evitarse mediante la prohibición de valorar negativamente la conducta procesal del imputado. No es correcta la conclusión que indica que no procede estimar atenuante la confesión del procesado si no se determinó el motivo de tal actitud procesal. Aquí lo objetivo debe primar sobre lo subjetivo no acreditado, y en tanto el imputado desde lo objetivo haya confesado el hecho que, naturalmente, debe tenerse por acreditado además por otras vías, no cuentan las diferentes posibles razones, no demostradas, que lo hayan guiado a tal determinación, mientras la confesión sea plena y llana. Es un valor positivo por sí el hecho que una persona exprese abierta y reconocidamente su intervención y culpabilidad en el hecho. Mas tal confesión para tener efecto atenuante debe ser plena y llana con relación al hecho probado. No pueden tener efecto atenuante aquellos reconocimientos del imputado parciales que no se corresponden con la totalidad del hecho certeramente acreditado. No vale como atenuante que el imputado admita su participación en el robo pero que salve que nunca llevaron armas de fuego, si justamente se halla firmemente probada tal circunstancia. Se sostiene acertadamente que la confesión atenúa pero que la negativa no agrava. El arrepentimiento para tener operatividad en la medida de la pena debe tener como complemento la confesión, la reparación del daño, la indicación del lugar donde se halla el objeto robado o la persona secuestrada, u otras connotaciones que lo transformen en

arrepentimiento activo. La confesión computa para que el arrepentimiento se torne activo, no obstante que la comprobación del hecho se halle sostenida irrefutablemente por otros elementos. La realización de nuevos hechos punibles tampoco deben ser considerados como agravantes y menos aun como prognosis delictiva, en razón de que la única peligrosidad que admite el principio de culpabilidad es la exhibida en el momento de cometer el hecho, rechazándose el concepto de incremento de pena por prognosis delictiva. Es generalizada, y correcta, la opinión que sostiene que la duración excesiva del proceso obra como atenuante de la pena, salvo que el autor haya colaborado a tal dilación de manera querida y consciente. Ha sido considerado agravante el acto tendiente a hacer desaparecer rastros del delito, cuestión que resulta dudosa. Exhibe mayor sofisticación que por ejemplo el homicida entierre el cadáver para ocultar rastros a que no lo haga. Tal circunstancia asimismo puede ser admitida como exhibición de mayor peligrosidad en el hecho concreto, aunque cabe precisar que ya se trataría de un aspecto extratípico. Mayor dificultad presenta la admisión como agravante del ocultamiento de rastros en la medida en que se aleja temporalmente del momento del hecho, ya que no se trataría ni siquiera del agotamiento del delito. Cabe reconocer como atenuante la pena impuesta poco antes de la prescripción del delito, así como la inusitada duración del proceso. El fundamento para el primer supuesto, parece ser la merma de necesidad de sanción debido al tiempo transcurrido (cuestión de prevención general positiva en favor del imputado). La inusitada duración del proceso opera como atenuante en función de una compensación por inseguridad jurídica padecida por el inculpado.

Vigésimo sexto. Se ha diferenciado entre *(a) sensibilidad a la pena y (b) susceptibilidad de pena o receptividad de la pena*, diferenciación compleja que como se verá no resulta clara al menos en su aplicación a casos concretos. La primera expresión -sensibilidad a la pena- se dice que significa que una persona padece más que otra la objetiva imposición de idéntica magnitud de pena. Tal explicación sobre este primer concepto resulta en abstracto entendible, aunque cabe apuntar que la idea choca con la noción en principio admitida que

sostiene que la generalidad de las personas resulta igualmente sensible dentro de márgenes prudenciales a la pena de prisión, sin perjuicio de situaciones excepcionales de enfermedad o disminución de las capacidades psicofísicas, casos en que sí es correcto y admisible de modo también general distinguir la diferencia de sensibilidad por una cuestión de humanidad. Se suele sostener que las diferencias de sensibilidad a la pena cabría vincularlas a la culpabilidad, porque se dice que la medida de ésta se corresponderá con una magnitud de pena diferente según la dureza con que la pena afecte al receptor. Pero estimo que en lo relativo a casos claros y excepcionales de sensibilidad a la pena, amén que ellos sólo operarán como atenuantes, no corresponde vincularlos a una cuestión de culpabilidad si no de humanidad. Peligrosamente se llega a distinguir entre el reo curtido y el primerizo para graduar diferentes penalidades porque supuestamente el primero tiene mayor resistencia mientras que al segundo se le vendría el mundo abajo, cuestión que difícilmente pueda ser admitida en razón del principio de igualdad ante la ley y en razón de que tal presupuesto no se halla empíricamente acreditado. Con tal noción podría hasta sostenerse que el reo proveniente de un ambiente marginal de miseria y que ha estado detenido por varias causas en trámite por resultar más habituado a tal situación le corresponde una pena mayor que a determinada persona de un estrato social de clase alta no habituado a las incomodidades del encierro y la pobreza. A este respecto, cabe apuntar lo desechable de la moción. Luego, la segunda expresión -susceptibilidad de pena- significa que el efecto positivo (resocializador) o negativo (desocializador) de la misma pena puede ser distinto en diferentes infractores, aspecto que cabe apuntarlo resulta prácticamente de imposible demostración. La cuestión de la sensibilidad de la pena es un asunto peligroso, y debe ser admitido no en un sentido amplio y abierto, referido a condiciones personales del autor o a su personalidad, sino solamente a situaciones excepcionales, como enfermedades muy graves o terminales en curso avanzado, personas ciegas, extranjeros que no hablen el idioma nacional, etc. Después, la sensibilidad a la pena sólo puede operar como merma de pena, no cabe admitirla como incrementador bajo la insostenible idea de que hay personas que toleran naturalmente la sanción penal, por resultar más duras o entrenadas o

por haber experimentado situaciones de encierro previas. La cuestión de la sensibilidad de la pena no cabe que sea considerada como una cuestión de culpabilidad, sino humanitaria con relación a situaciones especiales de disminución de la salud o de reducción de las capacidades básicas. Ello al menos con relación a la pena de prisión. Diferente es la consideración de la pena de multa en la cual deberá tenerse en cuenta la situación económica del condenado, pero de ninguna manera cabe hacer extensivo este criterio de la multa a la situación de sensibilidad de la pena de prisión. La pena de privación de la libertad, como regla, afecta a todos por igual porque el uso de la libertad ambulatoria se tiene por admitido que constituye un goce del que disponemos los seres humanos de manera similar, por lo que su restricción nos afecta en principio y por norma a todos de la misma manera, por tanto sólo excepcionalmente por razones de humanidad, podrá haber mermas de sanción. En cambio la pena de multa por regla no afecta a todos por igual ya que la situación patrimonial es diferente para cada persona en la sociedad real, por tanto iguales montos de pena de multa producirán un mal diferente según la situación económica de cada condenado. De allí que traspasar el criterio utilizado para graduar la pena de multa para la medición de la pena de prisión, hurgando en diferencias de personalidad que soporten más o menos el sufrimiento que conlleva el encierro es un grave error de apreciación, que hoy día cabe rechazar en su aplicación de modo terminante, con las salvedades apuntadas.

Vigésimo séptimo. Cuando la ley establece que se deba tener en cuenta *la calidad de los motivos que determinaron al imputado a delinquir*, insta una pauta de individualización de la pena, que puede resultar agravante o atenuante, y que se refiere a uno de los perfiles de la culpabilidad, en concreto a que se evalúen los motivos por los cuales el autor obró de modo contrario a derecho, analizándose la distancia entre el motivo y lo que se esperaba que el autor debía hacer o evitar hacer. Como modo de evaluar esta pauta de graduación de la pena, estimo que ha de estarse a que la gradiente de gravedad del motivo estará dada por la mayor o menor hostilidad de éste con ordenamiento jurídico. Es correcto que resulte menos reprochable quien mata por

venganza que quien lo hace por placer, o quien roba por necesidad a quien roba por codicia. La función de la culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto. En otras palabras: la mayor o menor contrariedad con el derecho de los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho resultará decisiva para establecer el grado de culpabilidad, y, en ese sentido, puede sostenerse que la reprochabilidad de la conducta será tanto menor, cuanto más se acerque la intención del autor a la protección de un bien jurídico. El motivo deleznable para cometer el delito debe cuadrar en la calidad de los motivos, mejor que en el juicio de peligrosidad, salvo que se entienda que todas las pautas del inciso segundo se remiten a un juicio de peligrosidad, cosa no acertada. Del texto de dicho inciso segundo, se desprende que con relación a la peligrosidad se limita el examen a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aspecto que si bien amplio, cabe ceder espacio a la especificidad de la pauta de la calidad de los motivos que se circunscribe a un contenido de mayor o menor culpabilidad por el hecho. Lo que sin duda no puede hacerse es hacer cuadrar el motivo deleznable en las dos pautas, porque se cargaría dos veces por una misma circunstancia. Los criterios del último párrafo del art. 80, cabe sean admitidos en otra categoría de prohibiciones penales como disminuyentes, en la calidad de los motivos que determinaron al procesado a delinquir. Es menos reprochable quien roba para obtener dinero a fin de efectuar un hecho valorado positivamente desde principios éticos incuestionables que se hallen traducidos en valores jurídicos, y en el marco de una situación condicionante de bienes jurídicos fundamentales como es la salud de un familiar inmediato. Se verifica en este supuesto una aplicación del criterio de estado de necesidad del art. 34 inc. 2° y 3° CP, ya que sin llegar a cuadrar el caso en situación justificante o disculpante, el criterio a fin de individualizar la medida de la culpabilidad y con ello la medida de la pena se torna aplicable. Es evidente que cuando el texto de la ley dice que deberá tenerse en cuenta la calidad de los motivos, el plural utilizado en la palabra “motivos”, no implica que no opere tal consideración cuando se trata de un solo motivo. Aumenta el grado de culpabilidad en el homicidio el hecho de que se haya ejecutado la acción con motivo de una deuda que la víctima tenía con el victimario. La

futilidad por ende es un motivo que eleva el grado de culpabilidad por el hecho. Deben considerarse, de modo general, atenuantes, dentro de la calidad de los motivos que determinaron a efectuar el delito, los motivos éticos, sentimientos de protección de tercero frente a quien se consideraba un malhechor, la provocación de la víctima, o la negativa a pagar el sueldo estando el autor en la miseria, la dificultad para insertarse laboralmente.

Vigésimo octavo. No es correcto entender que con la expresión ***“miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”*** se mente que quepa atribuir a las personas insertas en cada sector socioeconómico un diferente ámbito de autodeterminación a los fines de la responsabilidad penal. No es ese el ámbito propio de examen de la expresión sub examine, sin perjuicio de que la diferente posición socioeconómica de las personas, como condición personal, deba ser tenida en cuenta a fin de determinar la cantidad de pena que corresponda. Por tanto las diferentes posiciones socioeconómicas deben ser tenidas en cuenta, en caso de corresponder según el supuesto, para la evaluación de la individualización de la pena como aspecto o pauta con encaje en las condiciones personales del imputado. En cambio, el ámbito de consideración de la pauta en estudio, miseria, es acotado. Naturalmente no se tratan aquí los supuesto de justificación o disculpa de la pena del art. 34 CP, sino supuestos próximos a tales situaciones, pero excluidos de su admisión en las mismas, que pueden ser discernidos en el ámbito del art. 41 inciso segundo CP. Como regla la miseria o dificultad para ganarse el sustento puede obrar como atenuante en delitos de robo y hurto. El problema surge ante la generalización, cuando en determinadas zonas se advierte que los delitos de robos y hurtos resultan en su mayoría cometidos por personas jóvenes, sin estudios, que viven en la miseria. Desde una perspectiva que reconoce la culpabilidad tradicionalmente entendida como límite a la magnitud punitiva, la respuesta parece que debe dar cabida en alguna medida a la situación como atenuante. Se trata de que en la identificación del motivo por el cual obra el inculpaado talla fuertemente su situación de miseria. Pero cabe ir más allá aun: podría afirmarse, y en principio en una respuesta intuitiva no habría cuestiones para no estar

de acuerdo, que cuando la ultrafinalidad del delito consiste en obtener beneficios económicos para la realización de actividades incuestionablemente reñidas con el ordenamiento jurídico, no corresponde admitir la situación de miseria como atenuante. Pero ¿cuál sería el fundamento de tal afirmación si a fin de cuentas la miseria, pauta legal cuya consideración es obligatoria, habría tallado en el ámbito de decisión del individuo? Imaginemos un joven que vive en la miseria y roba para comprar armas de fuego a fin de desarrollar la actividad delictiva. Estimo que esta situación problemática, conforme derecho positivo, se resuelve regulando como atenuante la situación de miseria, por un lado, y, como agravante, la finalidad mentada de obtener dinero para comprar armas de fuego, esta última como uno de los motivos que lo determinaron a delinquir. El razonamiento que dice que la ultrafinalidad indicada expurga o elimina la operatividad de la atenuante, se contrapone con el sistema legal argentino de medición de pena que se desprende de los arts. 40 y 41 CP, porque estas normas imponen que deban considerarse las circunstancias atenuantes y las agravantes; en otras palabras, no es válido excluir una circunstancia atenuante, cuando efectivamente tuvo existencia, en razón de que haya una circunstancia agravante que también tuvo existencia. Igual razonamiento siguen quienes sostienen que en razón de la gravedad de un delito, o en razón de un motivo o finalidad deleznable, no deban operar determinadas atenuantes. El sistema legal argentino de individualización judicial de la pena, no permite excluir atenuantes en razón de la gravedad del delito, o de los fines que se perseguían. Otro problema peculiar se presenta si quien vive en la miseria comete delito por ejemplo de robo para, con el rédito obtenido, proveerse alcohol, efectuar apuestas u obtener favores sexuales de personas dedicadas a la prostitución. Estimo que igualmente la miseria actúa como atenuante, y como agravante obra la finalidad deleznable o fútil. Cabe aclarar que para valorar como deleznable o fútil la finalidad en cuestión debe recurrirse a aspectos de ética social dominante, porque bajo ciertas condiciones no se halla prohibido por el ordenamiento jurídico, es decir, está permitido adquirir y consumir alcohol, efectuar apuestas y hasta obtener favores sexuales por dinero.

Vigésimo noveno. *La participación que haya tomado en el hecho*

el sujeto debe considerarse una regla complementaria de los arts. 45 y 46 del Código Penal. En dichas normas se fijan las escalas en relación a los tipos de partícipes, en cambio en la pauta bajo examen del art. 41 inc. 2 CP, se obliga a considerar en concreto la entidad de dicha participación. Dado que las reglas de los arts. 45 y 46 no fijan -fuera de las escalas- pautas individualizadoras específicas, también valen las demás circunstancias de los arts. 40 y 41. En síntesis, para individualizar la pena de los partícipes dentro de la escala de los arts. 45 y 46, se deberá tomar en cuenta la entidad en concreto de dicha participación y las demás circunstancias del art. 41.

Trigésimo.

La expresión *las reincidencias en que hubiera incurrido* cabe ser tomada en un sentido técnico, es decir reincidencia real. Luego, la pena se agrava por declaraciones de reincidencia anteriores al hecho ahora juzgado. Pero para evitar doble valoración de la condena anterior en la cual además se declaró reincidente, la misma sólo puede computarse una vez y en este concepto de las reincidencias. No es por ende correcto que se valore por un lado la condena anterior y por el otro la declaración de reincidencia que cupo en la misma. Pero ello no impide que el monto punitivo que se asigne a la estimación de la anterior declaración de reincidencia sea mayor que en el caso de una condena anterior en la cual no se lo declaró reincidente. El meollo de discusión del aumento de pena por reincidencia (dejando de lado la cuestión del art. 52 CP), consiste en si por un delito por el cual ya fue juzgado y condenado el imputado, puede ahora cargársele con un plus de pena respecto del monto que le corresponde por el delito actual. Se plantea llanamente si ello no implica valorar dos veces el mismo hecho anterior por el cual fue condenado. El principio de culpabilidad rige, aunque con limitaciones, actualmente los límites al poder punitivo, y en este sentido, estimo hay mayor culpabilidad en quien pese a haber sido condenado anteriormente y sido declarado reincidente, comete ahora un delito culpablemente. Bien podría sostenerse que bajo esta explicación en realidad subyace la intolerancia hacia quien habiendo cometido delitos anteriormente ahora vuelve a cometer otro, y por ello resulta peligroso para la sociedad. Podría verse en la argumentación

que aquí se sostiene (mayor atribución de culpabilidad por el hecho actualmente juzgado en razón de haber sido anteriormente condenado y declarado reincidente) una explicación retórica. No obstante no conocer la existencia de estudios psicológicos que demuestren que ha habido mayor culpabilidad en quien comete un delito ya habiendo sido declarado reincidente, es una creencia aun afincada en la sociedad y en doctrina y jurisprudencia, y, ella aun rige el sistema penal. Si tal creencia resulta axioma de nuestra cultura penal, entonces a quien se le agrega un plus de pena por antes haber sido declarado reincidente, no se lo castiga por el hecho anterior, sino por el grado de culpabilidad por el hecho actualmente juzgado. En cambio si tal creencia resulta falsa, esto es que la anterior condena y declaración de reincidencia no pesan en la conciencia del autor que ahora es juzgado por un nuevo delito, entonces es incorrecto cargarle con ese plus. Lógicamente esta segunda postura sería la muestra de que el sistema penal basado en la culpabilidad es falso, porque tal situación es extendible a una muy diversa serie de situaciones. Por tanto, siguiendo aquí la posición tradicional que hace girar el sistema de sanción penal en torno a la concepción de culpabilidad, y, advirtiendo que la cuestión de la reincidencia para la graduación de la pena se encuentra próxima a otras situaciones, resulta conforme la ley argentina concluir lo siguiente: (i) la condena anterior en la que no cumplió pena efectiva (y además la condena anterior en la que cumplió pena efectiva), obra como agravante por actualización de culpabilidad, en razón de que le fue impuesta al imputado la vigencia del sistema penal y de las prohibiciones penales, al menos de un modo claramente significativo, cuadrando tal circunstancia en los antecedentes. (ii) La condena anterior firme en la que cumplió pena efectiva, por la cual ahora se lo declara reincidente por primera vez, asimismo agrava en la actual pena (y de modo general de manera más grave que el antecedente de condena sin cumplimiento efectivo), visto que también tal actuación del sistema penal imprimió una actualización de la conciencia del inculpaado de la vigencia de la prohibición penal, la cual cuadra aun en los antecedentes del imputado. (iii) Si el imputado comete un siguiente delito, en el cual es condenado y declarado reincidente por segunda vez, habrá de computársele en los antecedentes la primera condena y en el concepto reincidencias la

condena anterior en la que fue declarado reincidente por primera vez, pero no podrá serle imputado en condición de agravante de la pena para el caso actual la declaración de reincidente por segunda vez. (iv) Luego, las causas en trámite, si bien es posiblemente cierto que produzcan una actualización de la conciencia de la vigencia de la prohibición, dado que de alguna manera podrían vulnerar el principio de inocencia, no corresponde que agraven la pena. (v) Tampoco procede la admisión del fundamento que sostiene que las causas en trámite agraven la pena por peligrosidad, ya que en definitiva sería el mismo concepto que el incremento de la culpabilidad por actualización, sólo que traspolado desde este último al de peligrosidad. (vi) Las causas en trámite no pueden impedir que se considere atenuante la ausencia de condenas anotadas, ya que son conceptos independientes, y no cabe descartar que en las causas en trámite justamente el imputado resulte inocente, ni que al menos por ahora lo sea. (vii) La actualización que se estima produce la actuación del sistema penal sobre el procesado con causas en trámite, es rechazada en definitiva porque el último resulta inocente por tales causas en trámite al momento de cometer el hecho ahora juzgado. En cambio la actualización que se estima produce la condena anterior (con o sin declaración de reincidencia), es admitida y atribuida de modo inconcuso justamente en base al significado que se le otorga a la pérdida de la condición de inocente que se registra al momento de condenarse por autoridad competente a la persona por el delito.

Trigésimo primero. Cabe entender por **vínculos personales** las relaciones parentales, de afecto, respeto o autoridad, respecto a ofendidos o damnificados por el delito. Se trata de los vínculos que unen al autor con el sujeto pasivo y de allí establecerse el menor o mayor deber de cuidado o de exigibilidad que cabía atribuir al autor. Ej.: supuestos en que se deba especial agradecimiento, razones de parentesco o de especial confianza. Pero en rigor tales relaciones pueden operar tanto como agravantes como atenuantes, según las particularidades del desarrollo de la relación (amor/odio, buen trato/maltrato, amistad/enemistad, etc.), sin perjuicio de que como regla y en abstracto corresponda asignar mayor gravedad por una cuestión de mayor culpabilidad. Es agravante el caso de quien mata a su padre de

crianza anciano. Quien se encuentra en situación de desamparo y es acogido o ayudado por un extraño, si luego le roba al protector vulnerará la norma con mayor gravedad, esto cabe hacer operar el vínculo personal en sentido de mayor culpabilidad por el hecho efectuado. Parece razonable que se puna más severamente a quien roba a su primo, a quien conoce desde pequeño, que a quien roba a un extraño. Igual consideración para quien roba a un amigo, o familia de confianza, situación en razón de la cual accedió al dato relativo al lugar donde se hallaba el botín. El fundamento de ello es la incuestionable mayor culpabilidad que corresponde asignar a quien comete tales comportamientos en perjuicio de personas a quien se espera debe tratar con mayor consideración que a un extraño. Ante la situación de quien al conocer el lugar donde el amigo o familia amiga guarda el botín (ahorros en dólares, por ejemplo, ante la desconfianza de depositarlos en bancos), los roba, corresponde asignar como agravante el vínculo preexistente en razón de una asignación e mayor culpabilidad por el hecho cometido, ya que se debe mayor consideración por los familiares y amigos que por los extraños. Es jurídicamente incorrecto hablar en estos supuestos de mayor capacidad delictiva (esta expresión es confusa). Se trata de mayor culpabilidad por el hecho en razón del vínculo preexistente.

Trigésimo segundo. En cuanto a *la calidad de las personas*, no hace referencia a la calidad especialmente consignada en los tipos, en las que hay un mayor contenido de injusto, como sucede en la calificación por funcionario público, o las especiales relaciones de parentesco, sino de la calidad que da lugar a una mayor exigibilidad atendiendo a las circunstancias concretas. Es correcto en principio circunscribir esta circunstancia a las calidades de las víctimas, como autoridades o ministros de religiones, dándole sentido agravatorio. mas indica acertadamente de la Rúa que no hay razón para la restricción, y bien puede la calidad referirse al autor, al ser más específica que la genérica de antecedentes y condiciones. En efecto no hay obstáculos a que se encuadre en esta pauta la calidad específica del autor y que se explique por qué tal calidad en las circunstancias concretas del caso establece una mayor exigibilidad para el mismo que deba ser traducida

en una mayor culpabilidad la cual finalmente se manifiesta en un plus de pena. Del otro lado, la calidad de la víctima también puede ser especialmente considerada debiéndose explicar por qué tal calidad en las circunstancias concretas del caso implica mayor vulneración de la norma, o en otras palabras mayor culpabilidad. Es correcto cuadrar en la calidad de las personas la avanzada edad de la víctima, y considerarla como agravante por el grado de indefensión que tal circunstancia otorga. Debe tenerse especial cuidado en no valorar dos veces la circunstancia, la cual también, en virtud de la mentada indefensión, puede cuadrar en la naturaleza de la acción del inciso primero del art. 41 CP. También la escasa edad de las víctimas puede operar como agravante, en el sentido de que establece por un lado un mayor grado de indefensión y luego en el sentido reconocido por el ordenamiento jurídico del deber de mayor respeto y cuidado hacia los niños. Como regla puede decirse que con relación a la víctima es correcto afirmar que cuanto mayores sean las posibilidades de repeler el ataque tanto menor será el ilícito del autor. En lo relativo a la calidad del autor, se ha considerado acertadamente agravante la calidad de jefe de procedimiento policial por delitos cometidos durante él, o la calidad de conspicuo dirigente político oficialista. El fundamento de ello está en que es justamente más exigible a estas personas que no comentan delitos en las circunstancias concretas del caso que a quienes no revisten especiales calidades.

Trigésimo tercero. El *comportamiento de la víctima* cabe ser tenido en cuenta para graduar la pena del autor, cuadrando tal pauta en los motivos que lo determinaron a delinquir. En efecto, como regla puede decirse que influye el comportamiento de la víctima que da razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada. Se trata de modo general de un motivo que da la víctima para que el autor se determine a la comisión del hecho, por lo cual cabe descontar esa parte de responsabilidad que se le atribuye a la víctima del grado de culpabilidad asignable al autor por el hecho cometido. Habría ya responsabilidad de la víctima cuando conozca determinadas condiciones en las cuales existen posibilidades de padecer lesión. La infracción a los deberes de autoprotección es asunto de imprudencia. Pero no resulta siempre claro cuándo se releva de responsabilidad penal al autor con respecto a la

víctima imprudente. Por ello habrá de verificarse si la víctima se desempeñó en el rol de víctima o si actuó a riesgo propio. Si la víctima acepta un contacto riesgoso no puede despegarse de él: quien tiene trato sexual con la persona drogodependiente o con quien se prostituye actúa a propio riesgo en lo que a contagio de SIDA refiere. En homicidios en los cuales la víctima haya estimulado de manera imputable la comisión del hecho, deberá meritarse ello para la medida de pena. En este supuesto el hecho delictivo en alguna medida resulta imputable a la víctima, aspecto que cabe descontar en la medida de la pena graduada al autor. Aquí por ende ingresa el comportamiento de la víctima como un atenuante al cual corresponderá asignársele un monto punitivo a descontar. Parece correcto que el fundamento sea una merma de culpabilidad respecto del autor del hecho puesto que le es menos reprochable la realización de la conducta en cuya determinación obró el comportamiento de la víctima como estímulo. El comportamiento de la víctima que coopera a la agravación de su propio daño debe verse reflejado en la medida de la pena, porque el grado de culpabilidad relativo al daño causado es menor. Es correcto mitigar la pena cuando el dueño de casa deja descuidadamente la puerta abierta y se va dormir, y es hurtado en consecuencia. Efectivamente, obra un estímulo en el motivo que determinó al imputado a obrar delictivamente justamente atribuible a la víctima, por haber dejado la puerta abierta, aspecto que permite afirmar que tienta al inculcado a obrar. Igual consideración para quien sale de su casa y deja abierta la puerta, porque ésta no es una conducta común. No debe pensarse que se castiga la falta de cuidado de la víctima restando pena al autor del hecho. Lo que ocurre es que el comportamiento de la víctima crea una circunstancia del hecho que hace que la conducta del imputado resulte menos culpable respecto del hecho efectuado. Sobre la actitud de la víctima: la vestimenta de la víctima como regla puede ser considerada para atenuar la responsabilidad de quien abusó sexualmente, cuando tal vestimenta es de acuerdo a lo considerado socialmente absolutamente desconcertante y peligroso para su propia integridad, siendo que de tal manera tentó al inculcado a la realización de la conducta, resultando de ello un menor grado de culpabilidad. En igual sentido: en Buenos Aires, si se roba a quien en turismo de la marginalidad pasea en un automóvil lujoso por la

Isla Maciel. Deberán ponderarse actos definidos de provocación, que guarden relación con la respuesta, que puedan disminuir la imputación del contacto al autor. En casos de agresión física (ya no abuso sexual) incluso procederá alguna reducción de pena cuando la víctima erróneamente, pero no intencionalmente, causó la reacción del infractor, por ej.: si la víctima insultó o realizó otra ofensa. El ejercicio de la prostitución implica un riesgo relativo al abuso sexual que asume quien la ejerce. Ello deberá tenerse en cuenta para la medida de pena. Quien se exponga a zonas conocidas como peligrosas, en caminatas nocturnas voluntarias, salvo que hubiere razones justificadas para dicha exposición, vulnera los deberes de autoprotección.

Trigésimo cuarto. Acerca de *las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del art. 41 inc. 2 CP, tienden inconcusamente a establecer la peligrosidad* que manifestó el autor con su hecho; de ello no cabe deducir, en cambio, que esta peligrosidad deba ser la relativa al pronóstico de reincidencia ni, como la doctrina clásica ha interpretado, a adjudicar una peligrosidad intrínseca de la persona del autor. Es cierto que la amplitud del texto permitiría interpretar desde una consideración ceñida a la literalidad, que se trata de peligrosidad en el sentido de prognosis delictiva, o de estado peligroso. Pero tal estimación debe recortarse mediante la interpretación sistemática constitucional, de la que surge que al individuo se lo pune por el hecho cometido y no por el que supuestamente podría llegar a cometer. Este cálculo de probabilidades es hoy inaceptable porque vulnera decididamente el derecho penal de acto. Es asiduo sostener que cuando la reiteración de los robos obedece a una sostenida inclinación delictiva ello evidencia mayor peligrosidad. Se aprecia que con tal perspectiva la peligrosidad es entendida como sostenida inclinación delictiva, ya que según el texto sólo se evidenciaría mayor peligrosidad no con la reiteración delictiva, sino cuando ésta obedece a una inclinación al delito. O sea que si se sigue tal noción, no alcanzaría con lo objetivo, acreditación de reiteraciones delictivas, sino que habría que buscar en la personalidad del autor la proclividad delictiva. No cabe compartir este criterio. La pauta legal no habla de proclividad al delito, la pauta legal habla de circunstancias que muestren su mayor peligrosidad, y tal temperamento

de derecho positivo se traduce en aquellas características del hecho o de los hechos cometidos por el autor que exteriorizaron mayor peligrosidad, independientemente de la indagación de proclividad delictiva en la personalidad del autor. La evaluación de la peligrosidad estimo se reduce a aquella peligrosidad evidenciada en el acto y que puede operar como un agravante porque tal peligrosidad mostrada afecta la vigencia del ordenamiento jurídico, en concreto la vigencia de la prohibición, y cabe por ello mayor sanción. Viene a traducirse en una especie de extensión del daño causado pero sobre la vigencia del ordenamiento jurídico. Son expresiones de mayor peligrosidad robarle a un vecino, el aprovechamiento de la nocturnidad. Pero al igual que con cualquier agravante o atenuante, debe siempre explicitarse en qué consiste la peligrosidad y dar los fundamentos que en el caso concreto hacen que opere como merma o incremento de pena, caso contrario puede proceder la anulación parcial de la sentencia. Se ha sostenido que la conducta procesal no puede ser tomada en cuenta como agravante. Pero no debe equivocarse la apreciación como agravante del hecho de que el imputado haya cometido el delito en oportunidad de encontrarse en libertad caucionada, ya que en rigor no se trata de un comportamiento procesal, al menos relativo al proceso en el que se considera la agravante. Pero de cualquier manera, aun descartando que se trata de comportamiento procesal correspondiente al proceso en que es juzgado y graduada pena, tampoco puede ser estimado como agravante que el imputado haya cometido el delito encontrándose bajo libertad caucionada, ya que su deber de no cometer delitos es igual al de las personas que no se encuentran bajo proceso ni libertadas bajo caución. Se trataría en definitiva de intentar hacer valer una vez más la idea de causa en trámite, ya como incrementador por peligrosidad, ya como incrementador por mayor culpabilidad por la actualización que imprime el proceso en trámite y en particular la libertad caucionada, pero el problema es que de alguna manera se vulnera el principio de inocencia, ya que no puede desconocerse que en la conciencia del autor, en tanto no haya recaído sentencia firme, pueden obrar razones para que se estime inocente, cosa que efectivamente era al momento del hecho, por lo que el incremento de culpabilidad debe ser rechazado y en igual forma la atribución de peligrosidad. Basta imaginar un caso de

error judicial, o un supuesto como tantos en que la persona no fue culpable y nunca la jurisdicción arribe a conclusión alguna, para desechar los argumentos de incremento de peligrosidad o de incremento de culpabilidad. Podría sostenerse de otro lado que pese a ser inocente y pese a tratarse de un proceso incorrecto o ilegal en su contra, la persona sometida a proceso y liberada mediante caución, resulta más peligrosa por cometer un delito en tal situación, pero en rigor no se acredita de tal manera por qué resulta más peligrosa que otra sin condena ni causas en trámite que cometa el delito en igual oportunidad. Otra supuesto de agravación es el del disparo no justificado ni disculpado efectuado cuando quien lo recibe se encuentra de espaldas a quien lo emite, debe ser distinguido del disparo efectuado de frente, ya que el primero permite actuar sobre más seguro que con respecto al segundo y representa mayor grado de peligrosidad. Tal pauta mensurativa, en el marco del art. 51 CP, es cierto puede cuadrarse no sólo en las circunstancias que demuestren su mayor peligrosidad sino en la naturaleza de la acción. Ora en una ora en otra, sólo puede computar una vez. La consideración como agravante de la cantidad de jóvenes que concurrían al lugar de quien tiene estupefacientes con fines de comercialización, es un aspecto extratípico que cabe cuadrar en el peligro causado. Es cierto que este peligro causado puede ser traducido o explicado como una exteriorización de la peligrosidad del autor y por tanto también hacerla valer en las circunstancias que muestren su mayor peligrosidad. Pero lo que no puede hacerse es computarla dos veces. Por lo general las circunstancias que cuadran en el peligro causado son demostrativas de mayor peligrosidad del autor y no cabe formular objeciones que así sea explicado en la sentencia, mientras no se compute esa circunstancias dos veces. El juicio de peligrosidad no puede computarse como agravante sobre la base de circunstancias que ya han sido tenidas como agravatorias con encuadre en el inciso primero del art. 41 CP, bajo violación de doble valoración. Si se consideró agravante que el imputado haya efectuado un disparo con proyectil de punta hueca contra un grupo de menores, cuadrando tal circunstancia de modo amplia en todas las pautas del inciso 1° art. 41 CP, no puede luego sobre tal base cargarse con otra agravante por peligrosidad. Distintos es que se grave una sola agravante cuadrándola tanto en el

inciso primero y en el segundo, es decir explicando que tales circunstancias constituyen tanto pautas que cuadran en el inciso primero y que permiten sostener mayor peligrosidad, mas siempre cargando con una sola agravante. Extraer como conclusión un mayor grado de peligrosidad a partir de la propia y limitada acción típica atribuida es incurrir en doble valoración. Sostener una agravante porque el autor accedió carnalmente a la víctima en el delito de violación, o que desapoderó ilegítimamente con fuerza en el delito de robo, o que mató en el delito de homicidio, no puede ser aceptado porque se valora dos veces un mismo aspecto sin fundamento. La comisión de un delito de robo por dos agentes activos merece computar como agravante la pluralidad de actores, mas tal circunstancias cuadra o en los medios empleados, o en circunstancia de mayor peligrosidad. Esto es, sólo computa como una agravante. De cualquier forma puede argumentarse que tal circunstancia, dos agentes activos, cuadra en los medios empleados, que se aparta ya del mínimo requerido de un agente activo, lo cual implica mayor peligrosidad exhibida en el hecho por la capacidad asociativa de los agentes para la realización del ilícito. Pero siempre puede computarse una sola agravante. Ahora bien, es correcto admitir como agravante que el modo en que se accede carnalmente, se robe, se mate, etc., si resulta una exteriorización de mayor peligrosidad deba constituir por ello agravante, sin que se afecte la prohibición de doble valoración porque justamente dentro de los posibles modos de ejecución del hecho, el considerado se encuentra por arriba del mínimo normalmente imaginable en lo que a gravedad por mayor peligrosidad hace, por lo que en tal medida puede ser valorado como agravante asignándosele el quantum de pena respectivo. Siguiendo con esta línea de pensamiento, es correcto sostener que La pluralidad de víctimas constituye una circunstancia agravante en tanto denota una repetición de decisiones delictuales, porque no es lo mismo robar a una persona que robar a tres, traducándose tal circunstancia en un mayor grado de peligrosidad en cabeza del autor. El raid delictivo expresa mayor peligrosidad, ya que representa temeridad en el accionar y repetición de hechos concatenados temporalmente. En efecto, si es cierto que la reiteración delictiva, el concurso real, incrementa la gravedad por mayor peligrosidad, también es cierto que allende la independencia de los

hechos, el raid por sí constituye un agravante con fundamento en la mayor peligrosidad. Por otro lado, usar medios narcóticos para efectuar un robo implica una agravante que cuadra en los medios empleados y que se traduce en mayor peligrosidad, por el riesgo particular para la salud que ello implica, por un lado, y por la indefensión que tal medio causa, por el otro. Para determinarse si el uso de narcóticos para efectuar un robo es o no agravante debe compararse con otros medios de efectuar el robo simple. Por tal andarivel transita la explicación que constituye a dicho medio en un agravante. Es un error atribuir al inciso segundo del art. 41 una completa referencia a la peligrosidad del autor. Cuando dicha norma refiere a los motivos que lo llevaron a cometer el delito está hablando de grado de culpabilidad, visto que la culpabilidad es la motivación contraria a la norma jurídica, luego cuando menta la intervención que haya tenido en el hecho, ni siquiera está significando un aspecto subjetivo del autor sino un aspecto objetivo del hecho, en concreto el grado de intervención del autor, sólo por traer a colación algunos ejemplo que demuestran que en el inciso segundo del art. 41 operan tanto aspectos objetivos como subjetivos, y además que estos últimos no están dirigidos a la peligrosidad de modo exclusivo. Se ha concluido que tanto los atenuantes como los agravantes deben estar debidamente fundamentados, siempre. Un condicionamiento patológico puede por un lado, en su caso y de hallarse corroborado, generar mayor o menor peligrosidad, y por el otro a su vez menor culpabilidad. En otras palabras, puede ir asociado el condicionamiento patológico tanto estableciendo mayor grado de peligrosidad y a su vez menor grado de culpabilidad, debiendo en tal caso computarse el condicionamiento en ambos sentidos. Tampoco cabe descartar a priori que pueda darse un condicionamiento patológico que produzca por un lado menor peligrosidad y por el otro a su vez menor culpabilidad, debiendo computar tal condicionamiento dos atenuantes. Por último, la evaluación de mayor o menor peligrosidad demostrada en el hecho, de acuerdo a las circunstancias del caso, no parece agotarse respecto de las personas físicas, sino que en rigor la peligrosidad se refiere a la vulneración, o potencialidad de vulneración, de bienes jurídicos, con particular referencia al bien jurídico protegido por la norma violada.

Trigésimo quinto. El juez debe conocer toda la información relativa a la investigación efectuada y, por ende, debe tomar conocimiento directo de las circunstancias del hecho, condición sin la cual no podría realizar su función. Se discute si es obligatorio bajo sanción procesal que el **juez tenga contacto directo con el imputado**, ello siempre a los efectos de medir la sanción penal. La posición mayoritaria entiende que su incumplimiento no acarrea sanción. Parece acertada la posición de la mayoría que deja a consideración del juez tal posibilidad “en la medida requerida para cada caso”, tal como literalmente lo establece el art. 41 CP. Actualmente la disputa en parte habría perdido importancia debido a la generalización de juicio oral. Pero tal situación no es absoluta, porque no puede pasarse por alto las causas que se finiquitan por medio del juicio abreviado en sede de tribunal oral o juzgado correccional, ni tampoco puede olvidarse el mecanismo especial de flagrancia instaurado por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires, que permite que se dicte sentencia por juicio abreviado en sede del juzgado de garantías, situaciones en las que puede ocurrir que en definitiva no haya contacto directo entre el juez, por un lado, y el imputado, la víctima y las circunstancias del caso, por el otro. Por ende la discusión sigue encontrándose vigente. La norma del art. 41 inciso segundo es clara y amplia por cuanto exige que el juez tome conocimiento directo y de visu no sólo respecto de las circunstancias del caso y del imputado, sino además de la víctima. Pero esta obligación la deja el legislador a consideración del juez, en la medida requerida para cada caso. Con lo que, en lo que a interpretación literal hace, puede el juez no tomar conocimiento directo del imputado ni de la víctima, si estima que ello no es necesario para dictar sentencia ajustada a derecho. En cuanto a los fundamentos, en el marco de un derecho penal de acto, pareciera que la necesidad de que el juez tome conocimiento directo y de visu del imputado, tampoco sería un elemento determinante para la medición de la pena, ya que básicamente al encartado se lo juzgará por lo hecho y no por las impresiones que él pueda dar. En cuanto a la víctima tampoco parece determinante tal contacto directo en la medida en que haya constancias en autos que permitan establecer clara y acabadamente la afectación que sobre ella pudo tener el hecho juzgado. En cuanto a las circunstancias del hecho, es obvio que el juez

debe conocerlas acabadamente, pero para tal cometido no es necesario que tome contacto directo con el cuerpo del delito, ni con el lugar del hecho, etc. Por tanto, con tales salvedades y precisiones, no conlleva la nulidad que el juez no tome contacto directo con el imputado, la víctima y las circunstancias del caso, en lo que hace a la medición de la pena.

Trigésimo sexto. La cuestión de *la reparación del daño* y de la llamada compensación autor víctima o conciliación entre las partes goza de un lugar importante en la discusión doctrinaria actual. Se trata de evaluar la admisión de compensaciones entre montos de pena correspondiente al hecho cometido y reducciones por comportamiento posterior vinculado al daño causado. No puede dejar de advertirse el significado de esta situación: ya no se trata de un derecho penal retributivo puramente por el hecho, sino de filtraciones vinculadas a la resolución del conflicto. El asunto de fondo es si se admite o no se admite que ingresen en la calibración de la pena los comportamientos posteriores al hecho. Parece no haber dudas que en lo que respecta a conductas que benefician al imputado no puede haber limitaciones plenas. En cambio si se admitieran conductas posteriores no típicas, ajenas y lejanas al hecho, daría la impresión que una agravación daría lugar a una vulneración del derecho penal de acto, en perjuicio del imputado.

Trigésimo séptimo. La conducta del ladrón que consumó el delito y luego destruye por maldad o placer el objeto robado resulta neutra a los efectos de la graduación de la pena. Ya el apoderamiento tuvo lugar y en la extensión del daño se computará el valor económico o moral del objeto robado, por tanto en nada talla que luego el encartado lo destruya. En rigor, si se piensa detenidamente tal situación, no se está ante un caso de profundización del daño, ya que el daño estaba efectuado. En cambio de modo positivo talla la restitución del bien, e incluso, también, aunque en menor medida, el hallazgo del bien. El ladrón que desapoderó el objeto del robo pero aun no logró el apoderamiento porque se encuentra rodeado por la policía, si destruye el objeto por la razón que fuera, no consuma el delito pero tal acción, que queda en tentativa, cabe ser tenida en cuenta para la medida de la

pena, en el concepto extensión del daño causado. Podría creerse erróneamente que se trata de un supuesto de profundización el caso del ladrón que consumó el delito y que un día después es rodeado por personal policial en su vivienda, y, ante tal situación, destruye el objeto robado. En realidad como ya se perfiló se trata solamente de la posibilidad de recuperación el bien robado y con ello de una merma en la extensión del daño que no se da porque el ladrón justamente destruyó el objeto, pero no de un supuesto de profundización.

Trigésimo octavo. El art. 41 bis agrava la pena elevando el mínimo y el máximo en un tercio de la escala penal del tipo respectivo, cuando la infracción se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego. La fuerza sobre las cosas efectuada con arma de fuego no activa esta agravante. Tampoco podrá la agravante aplicarse a hechos cometidos antes de su entrada en vigencia. Se trata de una agravante genérica aplicable no sólo a penas privativas de la libertad sino también a la multa o a la inhabilitación. Los delitos comprendidos son todos los del Código Penal y leyes especiales, consumados o en grado de tentativa, que puedan perpetrarse por el procedimiento previsto (con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego). No excluye la agravante que el delito se realice contra quien no es titular del bien jurídico, por ejemplo: en la usurpación la amenaza realizada contra un custodio. La agravante procede aunque no se dispare el arma porque se incluye la intimidación, para cuya implementación, obviamente, no es necesario efectuar disparos. Si el arma no se hallare habilitada para disparar, o fuere de juguete, no procederá la agravante, a pesar de que de cualquier modo opera como intimidación, pero tal circunstancia (si no estuviere contenida en el tipo penal específico, por ejemplo en el de robo) deberá ser tomada en cuenta para graduar la pena dentro de la escala aumentada. El párrafo segundo del art. 41 bis excluye de la agravante aquellos delitos en los que se prevea la circunstancia indicada como constitutiva o calificante, por ejemplo el art. 166 CP (texto tanto según ley 25.882 como el anterior, de acuerdo al texto originario conforme a la ley 23.077). En las figuras como el art. 149 bis CP, primer párrafo in fine, en que no se reduce la agravante a armas de fuego sino sólo a armas,

cuando la ejecución sea efectuada con armas de fuego no procederá la agravante porque ésta ya está incluida en el concepto de armas (igual fundamento respecto de la anterior redacción -a la ley 25.882- del art. 166, inc. 2º CP). Procede la agravante -en cambio- cuando se da un concurso de un delito agravado por otra circunstancia con la agravante del uso de arma de fuego, por ej.: lesiones graves en ocasión de espectáculos deportivos con empleo de arma de fuego, por ende la pena que se agrava será la del art. 2º de la ley 24.192.

Trigésimo noveno. El estancamiento de la teoría de la medición de la pena se debió a que se avaló, erróneamente, el dogma de la discrecionalidad del juez de instancia en la fijación de las consecuencias del delito. La clase y la cantidad de pena dispuestas en sentencia es un punto relevante. Por ello corresponde admitir su posible revisión en Casación. Lleva la razón Ziffer cuando sostiene que si la graduación de la pena debe apoyarse en consideraciones jurídicas, entonces no habría razones para excluir la posibilidad de su revisión por un tribunal superior. Son casables, entre otros aspectos: la violación de la prohibición de doble valoración, la omisión de sanciones legalmente prescriptas o admitidas, la falta de consideración de los hechos que influyen en la medida judicial de la pena, la no consideración de aspectos elementales referidos a culpabilidad y a prevención, el error en la determinación de la escala penal aplicable, la falta o deficiente fundamentación de aplicación de pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo cuando existen posibilidades de pena en suspenso, la no consideración de la extensión del daño.

Bibliografía

- ABOSO, Gustavo, "Comentario de la ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas", Argentina, La Ley, 2003-D, p. 1274.
- ACHENBACH, Hans, *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, en *El sistema Moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, España, Tecnos, 1991.
- ADENAES, Johannes, *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor, 1974.
- ALBRECHT, Hans-Jörg, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Alemania, Duncker & Humblot, 1994.
- ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Argentina, Astrea, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Hammurabi, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Argentina, Hammurabi, 1986.
- BALCARCE, Fabián, *Derecho penal económico*, Argentina, Editorial Mediterránea, 2003.
- BALCARCE, Fabián, *Introducción a la parte especial del derecho penal nuclear*, Argentina, Editorial Mediterránea, 2004.
- BALCARCE, Fabián, *La antijuridicidad penal*, Argentina, Editorial Mediterránea, 2001.
- BARATTA, Alessandro, "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Doctrina Penal*, Argentina, Editorial Depalma, 1985.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, España, Siglo Veintiuno Editores, 2000.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986.
- BRUNS, Hans Jürgen, *Das Recht der Strafzumessung, Eine*

- systematische Darstellung für die Praxis*, Alemania, Carl Heymanann Verlag, 1985.
- BRUNS, Hans Jurgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, Alemania, 2ª, Carl Heymanns Verlag, 1974.
- CAFFERATA NORES, José, *La prueba en el proceso penal*, Argentina, Depalma, 1998.
- CANCIO MELIÁ, Manuel – PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Conducta de la víctima, delito imprudente y medición de pena”, Argentina, Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 7, marzo de 2005, p. 237/248.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Dogmática y Política Criminal en una teoría funcional del delito*, trabajo publicado en *Conferencias sobre temas penales*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000.
- CARCOVA, Carlos María, *La opacidad del derecho*, España, Trotta, 1998.
- CHICHIZOLA, Mario, *La individualización de la pena*, Argentina, Abeledo Perrot, 1967.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización judicial de la pena*, España, Colex, 1997.
- COHEN, *Karl Marx's theory of History*, Reino Unido, Oxford University Press, 1978.
- CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, España, Ediciones Universidad Salamanca, 1999.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Argentina, Astrea, 1999.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Astrea, 2003.
- DE LA RÚA, Fernando, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Argentina, Ed. Zavalía, 1968.
- DE LA RÚA, Jorge, *Código penal argentino comentado. Parte General*, Argentina, Lerner, 1972.
- DONNA, Edgardo - IUVARO, María José, *Reincidencia y culpabilidad*, Argentina, Astrea, 1984.
- DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, tomos 1 y 2, Argentina, Astrea, 1996.
- DONNA, Edgardo, “Culpabilidad y prevención”, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia, Argentina, Ad Hoc, Nros. 4 y 5, 1997.
- DONNA, Edgardo, *La imputación objetiva*, Argentina, Fundación Editorial de Belgrano, 1997.

- DONNA, Edgardo, *La tentativa*, Argentina, Editorial de Belgrano, 1996.
- DURKHEIM, Émile, *La División del Trabajo Social*, España, Akal, 1995.
- DURKHEIM, Émile, *Las reglas del método sociológico*, España, Editorial Orbis, 1985 (1895).
- DWORKING, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ed. Ariel, 2002.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Penal Alemán. Código Procesal Penal Alemán*, España, Marcial Pons, 2000.
- ELHART, Raúl – LA ROSA, Mariano R., “Sobre la libertad de expresión y el delito de incitación a la persecución de personas por sus ideas religiosas (un análisis del tipo legal del art. 3° de la ley 23.592)”, Argentina, Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 7, 2004, p. 248.
- ELHART, Raúl, “El art. 52 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Argentina, Ed. La Ley, Doctrina Judicial, octubre 2001, p. 359/368.
- ELHART, Raúl, “El caso Cabello: para imputar el dolo eventual, ¿es insoslayable demostrar la indiferencia del autor ante el resultado probable?”, Argentina, Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 1, setiembre de 2004, p. 249/254.
- ELHART, Raúl, “Examen de constitucionalidad del art. 212 *bis* CPPN, según ley 25.760: recepción de la declaración indagatoria por el fiscal”, Argentina, Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal N° 2, octubre de 2004, p. 402/413.
- ELHART, Raúl, “Homicidio en ocasión de robo. Apropósito del cambio de postura de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”, Argentina, La Ley Buenos Aires, noviembre 2004, p.1095/1097.
- ELHART, Raúl, “La casación formal por fundamentación insuficiente: su viabilidad en la participación y en la individualización de la pena”, Argentina, Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis, Fascículo N° 11, junio de 2004, p. 24/30.
- ELHART, Raúl, “Lineamientos para discernir el fin de la pena en la Corte Penal Internacional. Apreciaciones y develamientos desde una perspectiva funcionalista sistémica”, Argentina, Suplemento de

- Actualidad, La Ley, 19 de junio de 2003, p. 1/2.
- ELHART, Raúl, "Sobre el enlace entre el funcionalismo sistémico sociológico y el jurídico penal. De Durkheim a Jakobs a través de Luhmann", Argentina, Suplemento de Actualidad, La Ley, 18 de marzo de 2004, p. 1/3.
- ELHART, Raúl, "Toma de rehenes, seguridad y derecho", Argentina, La Ley, T.2002-F, Sección doctrina, p. 1136/1138.
- ENGELS, Friedrich, *El origen de la familia, propiedad privada y Estado*, España, Ed. Sarpe, 1983.
- ERNST, Carlos, *Los derechos implícitos*, Argentina, Marcos Lerner, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2000.
- FILLIA, Julio César - FILLIA, Leonardo César, "Las recientes modificaciones al delito de secuestro coactivo (Ley 25.742)", La Ley 2004-A, p. 1163.
- FUCITO, Felipe, *Sociología del derecho*, Argentina, Editorial Universidad, 1993.
- FUCITO, Felipe, *Sociología general*, Argentina, Editorial Universidad, 1995.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, España, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982.
- GARCÍA, Luis, *Reincidencia y punibilidad*, Argentina, Astrea, 1992.
- GARGARELLA, Roberto, *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Argentina, Ed. Capital Intelectual, 2004.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, Argentina, Editorial La Ley, 2003.
- GOLDING, William, *El señor de las moscas*, España, Alianza, 2003.
- GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, Argentina, Compañía Argentina de Editores, 1939.
- GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Valerio Abeledo, 1925.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- GRASSI, Adrián Patricio y MAHIQUES, Carlos A., "El recurso de casación en la Provincia de Buenos Aires: el ámbito de conocimiento del Tribunal de Casación y los límites y el alcance del reenvío",

- Revista El Derecho Penal, de editorial El Derecho, EDPE, 12/2005-5.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, España, Bosch, 1984.
- HASSEMER, Winfried, *Prevenzione generale e commnisurazioni della pena*, en *Teoría e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, il Mulino, 1980.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, España, Edhasa, 1999 (1821).
- HENKEL, Heinrich, *Die richtige Strafe, Gedanken zur richterlichen Strafzumessung*, Tübingen, 1969.
- HIPPEL, Robert, *Lehrbuch des Strafrechts*, Alemania, Berlin, 1932.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, España, Alianza, 1989 (1651).
- HÖRNLE, Tatjana, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Argentina, Ed. Fabián J. Di Plácido, 2003.
- JAKOBS, Günther – STRUENSEE, Eberhard, *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, Argentina, Ed. Hammurabi, 1998.
- JAKOBS, Günther, *¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, Disertación del Prof. Jakobs en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003, Ciudad de Córdoba, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá, en sección Doctrina Penal, www.carlosparma.com.ar
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, España, Marcial Pons, 1991.
- JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- JAKOBS, Günther, *El ocaso del dominio del hecho*, publicado en *Conferencias sobre temas penales*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2000.
- JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho Penal*, Argentina, Ad-Hoc, 1996.

- JAKOBS, Günther, *Injerencia y dominio del hecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- JAKOBS, Günther, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- JAKOBS, Günther, *La competencia por organización en el delito omisivo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Argentina, Ad Hoc, 2002.
- JAKOBS, Günther, *Schuld und Prävention*, Tübingen, J.C.V. Mohr, 1976.
- JESCHECK, Hans - WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, Alemania, Duncker & Humblot, 1996.
- JESCHECK, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, España, Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La ley y el delito*, Argentina, Ed. Sudamericana, 1979.
- KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, España, Tecnos, 1999.
- KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Alemania, Carl Winter Universitätsverlag, 1961.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Argentina, Eudeba, 2000 (1960).
- KLIMOVSKY, Gregorio – HIDALGO, Cecilia, *La inexplicable sociedad*, Buenos Aires, AZ, 2001.
- KLIMOVSKY, Gregorio, *Corrientes epistemológicas contemporáneas*, Argentina, Editores de América Latina, 1997.
- KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, Argentina, Editorial AZ, 2001.
- KÖHLER, Michael, *Übre die Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Alemania, Heidelberg, Decker's & C.F. Müller, 1983.
- LESCH, Heiko, *La función de la pena*, España, Ed. Dykinson, 1999.
- LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, España, Tirant lo Blanch, 1996.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Argentina, Ed. Gradifco, 2003 (1690).

- LUHMANN, Niklas, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, España, Editorial Anthropos, 1996.
- LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2ª ed., 1983.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, España, Ed. Anthropos, 1998.
- LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, España, Editorial Paidós, 1997.
- MAHIQUES, Carlos A., "Las relaciones entre criminalidad organizada y orden político", *Revista El Derecho Penal*, de editorial El Derecho, EDPE, 04/2003-5.
- MANCUSO, Hugo R., *Metodología de la investigación en ciencias sociales*, Argentina, Paidós, 2004.
- MARX, Karl, *La miseria de la filosofía*, Ed. Sarpe, España, 1984 (1847).
- MAURACH, Reinhart – GÖSSEL, Karl Heinz – ZIPF, Heinz: *Derecho Penal. Parte General*, T. 2, Argentina, Astrea, 1995.
- MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz: *Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Argentina, Astrea, 1994.
- MERTON, Robert K., *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- MEZGER, Edmund, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 2ª edición, 1933.
- MILITELLO, Sergio, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Argentina, Abeledo - Perrot, 1999.
- MIR PUIG, Santiago, "Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva", España, PC n° 0, 1986.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Euros Editores, 2004.
- MORELLO, Augusto M., "Pobreza y Derecho", Argentina, El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina, 6 de agosto de 2001.
- MORENO OCAMPO, Luis, *En Defensa Propia (Cómo salir de la corrupción)*, Argentina, Ed. Sudamericana, 1993.
- MORENO, Rodolfo, *El Código penal y sus antecedentes*, Argentina, H. A. Tommasini, 1922.
- MYRDAL, Gunnar, *An American Dilemma*, EE.UU., Harper and Brothers, 1944.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral*, Argentina, Alianza

- Editorial, 1998.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Argentina, Editorial Astrea, 1980.
- NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Argentina, Emecé, 1992.
- NOONAN, John T. Jr., *The Intellectual History of a Moral idea*, EE.UU, Universidad of California Press, 1984.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal argentino*, Argentina, Lerner, 1987.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Las disposiciones generales del Código Penal*, Argentina, Lerner, 1988.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Lerner, 1984.
- OSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Penal de la República Argentina*, Argentina, Editorial Universidad, 1982.
- PARMA, Carlos, *Código Penal de la Nación Argentina, Comentado*, Parte general y Parte especial, Tomos I, II y III, Argentina. Editorial Mediterránea.
- PARMA, Carlos, *Culpabilidad –lineamientos para su estudio–*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- PARMA, Carlos, *El pensamiento de Günther Jakobs*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- PARMA, Carlos, *La prohibición de regreso*, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- PARMA: “Derecho Penal Posmoderno”, Editorial ARA, Perú, 2005, ps. 127/133.
- PARSONS, Talcott, *El sistema social*, España, Alianza Editorial, 1999.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, España, Universidad Autónoma de Madrid, 1986.
- RAFECAS, Daniel Eduardo, “Crítica actual al concepto funcionalista-sistémico de culpabilidad”, *elDial.com*, Nro. 30, 2003.
- REISMAN, W. Michael *¿Remedios contra la Corrupción?*, Argentina, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
- RIGHI, Esteban - FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho Penal: La ley. El delito*.

- El proceso y la pena*, Argentina, Hammurabi, 1996.
- ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., *Código Penal de la Nación Anotado*, Argentina, Lexis Nexis, 2006.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, España, Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, España, Instituto Editorial Reus, 1981.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, España, Civitas, 2000.
- ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Argentina, Hammurabi, 2000.
- SALEILLES, Raimundo, *Individualización de la pena*, España, Hijos de Reus, editores, 1914.
- SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Colombia, Temis, 1995.
- SANDLER, Héctor, *Filosofía jurídica, problemas sociales y derecho correcto*, Argentina, Instituto de Capacitación Económica, 2000.
- SCHNELLE, Karl, *Die Funktion generalpräventiver Gesichtspunkte bei der Strafzumessung*, Alemania, Göttingen, Jur. Diss., 1977.
- SCHOPENHAUER, Arthur, *Historia de la filosofía*, Argentina, Ed. Quadrata, 2004 (1851).
- SCHÚNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho Penal*, Argentina, Ed. Tecnos, 1991.
- SEBRELI, Juan José, *Crítica de las ideas políticas argentinas*, Argentina, Ed. Sudamericana, 2003.
- SEBRELI, Juan José, *El tiempo de una vida*, Argentina, Ed. Sudamericana, 2005.
- SIERRA, Hugo, "La tentativa inidónea y el delito imposible", LL., 1975-B.
- SIMONE, José María, "El emprendedor es el motor del crecimiento", Argentina, diario La Nación, 12 de abril de 2001.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Argentina, Tea, 1970.
- SORMAN, Guy, *Made in USA*, Argentina, editorial Sudamericana, 2005.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, España, Edersa, 1982.
- STRENG, Franz, *Strafrechtliche Sanktionen*, Alemania, Kohlhammer, 1991.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, España, Ed. Orbis, (1859) 1980.

- TIMPE, Gerhard, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Alemania, Duncker & Humblot, 1983.
- VATTIMO, Gianni, *Diálogo con Nietzsche*, Argentina, Paidós, 2002.
- VÁZQUEZ, Marcelo - ABOSO, Gustavo, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Argentina, Ed. Euros, 1999.
- VICENTE REMESAL, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, España, Universidad de León, 1985.
- VIVES ANTÓN, Tomás (Coordinador), *Comentarios al Código penal español de 1995*, España, Tirant lo Blanch, 1996.
- VIVES ANTÓN, Tomás, *Fundamentos del sistema penal*, España, Tirant lo Blanch, 1996.
- VOLTAIRE, *Cartas filosóficas*, España, Atalaya, 1993.
- WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (1922).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Argentina, Ediar, 2006.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, Argentina, Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (correspondiente al primer tratado), Argentina, Ediar, 1985.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *Política criminal latinoamericana*, Argentina, Ed. Hammurabi, 1982.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Argentina, Ad-Hoc, 1999.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal*, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1993.